

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A REINCIDÊNCIA CRIMINAL COMO FORMA DE CONTROLE SOCIAL E
SUA INADEQUAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

ANA PAULA ALVES SCOTTI

RIO DE JANEIRO

2008

ANA PAULA ALVES SCOTTI

A INCONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL
PERANTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^ª Dr^ª Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues

RIO DE JANEIRO

2008

Scotti, Ana Paula Alves.

A inconstitucionalidade da reincidência criminal perante a Constituição Federal de 1988 / Ana Paula Alves Scotti – 2008.

f.. 64

Orientador: Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f.. 61 - 64

1. Pessoa jurídica - Monografias. 2. A inconstitucionalidade da reincidência criminal perante a Constituição Federal de 1988. I. Rodrigues, Luciana Boiteux de Figueiredo. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.5

ANA PAULA ALVES SCOTTI

A INCONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL PERANTE A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues – Presidente da Banca Examinadora
Professora Doutora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro –
Orientador(a)

AGRADECIMENTOS

À Prof^a Dr^a Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues, pelos conselhos sempre úteis, pela orientação e paciência.

Ao grande amigo João Felipe Reis, pelo apoio, livros, amizade e paciência, em todos os momentos.

Aos meus chefes Cesar Augusto Peixoto de Castro Palhares e Marcelo Rhenius, por toda a paciência, incentivo e apoio que me deram ao longo dessa monografia.

Aos meus pais, pela confiança, amor e dedicação.

Não se deve castigar o crime no indivíduo, mas destruir as raízes anti-sociais do crime e dar a cada qual a margem social necessária para exteriorizar a sua vida de um modo social.

Karl Marx

RESUMO

SCOTTI, A. P. A. *A reincidência criminal como forma de controle social e sua inadequação aos princípios constitucionais*. 2008. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho aborda a discussão sobre a inconstitucionalidade da reincidência criminal, na medida em que esta viola os princípios que norteiam a Constituição Federal de 1988, bem como a análise sobre a real função do sistema penal, que estigmatiza e marginaliza para poder controlar uma parte dos indivíduos. No primeiro capítulo, analisa-se a evolução histórica da sociedade disciplinar e do instituto da reincidência criminal no direito brasileiro. No segundo capítulo, é estudada a relação entre o direito penal e o direito constitucional, analisando a teoria do etiquetamento e os conceitos de co-culpabilidade e co-culpabilidade pela vulnerabilidade. No terceiro e último capítulo, demonstra-se a inconstitucionalidade do instituto em questão, na medida em que esta viola os princípios constitucionais.

Palavras-chaves: inconstitucionalidade; reincidência; direito penal; disciplinar.

ABSTRACT

SCOTTI, A. P. A. *A reincidência criminal como forma de controle social e sua inadequação aos princípios constitucionais*. 2008. 65 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

This work aims to discuss about the unconstitutionality of the criminal reincidence, in proportion to it may violate the principles that guide the Federal's Constitution of 1988, as well as the analysis of the real function of the penal's system, stigmatizing and marginalizing in order to have the control over a part of the society. In the first chapter, an analysis of the historic evolution at disciplinary the society and criminal reincidence institute in the Brazilian's jurisprudence in made. In the second chapter, we discuss the relation between the penal right and the constitutional right, analyzing the labeling theory and the conceptions of joint responsibility between society and the reincident individual, due to vulnerability. And, in the third and last chapter, is demonstrated the unconstitutionality of the reincidence, in question, in proportion to it may violate the constitutional principles.

Key Words: unconstitutionality; reincidence; penal right; discipline

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SOCIEDADE DISCIPLINAR.....	11
2.1 Evolução do Sistema Jurídico Penal.....	12
2.2 Evolução Histórica do direito penal brasileiro.....	14
2.3 O instituto da reincidência criminal no direito brasileiro.....	18
2.4 Condições da reincidência na lei vigente.....	20
3 O DIREITO PENAL E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL E COM O CONTROLE SOCIAL.....	22
3.1 O princípio da supremacia constitucional.....	22
3.1.1 <u>Relações entre o direito penal e o direito constitucional</u>	23
3.2 O direito penal e o controle de constitucionalidade na legislação brasileira.....	24
3.3 Controle social e direito penal. A teoria do etiquetamento.....	25
3.4 Conceito de culpabilidade.....	30
3.4.1 <u>A Co-culpabilidade</u>	34
3.4.2 <u>A Co-culpabilidade pela Vulnerabilidade</u>	39
4 A REINCIDÊNCIA CRIMINAL E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	41
4.1 Definição da reincidência pela doutrina penal tradicional.....	41
4.2 Fundamentos da circunstância agravante da reincidência. Correntes favoráveis à sua aplicação	43
4.3 Teorias contrárias à reincidência.....	45
4.4 A análise da reincidência diante dos princípios constitucionais penais previstos na Constituição Federal de 1988.....	47
4.4.1 <u>A violação ao princípio da culpabilidade</u>	48
4.4.2 <u>A violação ao princípio do <i>non bis in idem</i></u>	50
4.4.3 <u>A violação ao princípio da legalidade</u>	51
4.4.4 <u>A violação ao princípio da igualdade</u>	52
4.4.5 <u>A violação ao princípio da dignidade humana</u>	53
4.5 Decisões negadoras da aplicação do instituto da reincidência.....	55
4.6 A verdadeira função da aplicação da reincidência criminal: a estigmatização da população criminosa.....	58

5 CONCLUSÃO.....	60
6 REFERÊNCIAS.....	61

1. INTRODUÇÃO

A análise crítica sobre a reincidência criminal tem como principal objetivo o estudo e a reflexão sobre do instituto, bem como analisar seus reflexos na lei penal brasileira e sua inadequação à Constituição Federal de 1988. O Código Penal brasileiro não apresenta uma definição para o instituto da reincidência, apenas indicando as condições de sua verificabilidade, encontrando-se atualmente positivada nos artigos 63, 64 e 67 do Código Penal, tendo relevância como circunstância agravante da pena do agente que incide na prática de um crime posteriormente a ter sofrido condenação por outro crime.

A relevância deste trabalho crítico à aplicação do instituto da reincidência, num trabalho de conclusão de curso de direito, é no sentido de buscar a aplicação de um direito mais justo e igualitário, que não viole princípios constitucionais e que não sirva de instrumento de estigmatização, controle e exclusão de alguns indivíduos.

Desta forma, na medida em que se analisa as condições de aplicabilidade da reincidência, relacionando-as com os princípios constitucionais, pretende-se discutir a seguinte questão: a reincidência, como agravante da pena do indivíduo, baseada num ato cometido anteriormente, já sentenciado, fere os princípios constitucionais?

A análise crítica sobre a aplicação do presente instituto foi baseada nas obras de Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista e Alessandro Baratta, que trabalham com a idéia de inconstitucionalidade da reincidência criminal, como também analisam a sua real função. Assim, tais autores foram de extrema importância para o desenvolvimento deste estudo, que busca a aplicação de um direito pautado nos princípios da dignidade humana, que não discrimine nem diferencie os indivíduos de acordo com os interesses das classes dominantes. Além disso, são analisadas algumas decisões críticas sobre a aplicação da reincidência proferidas pelos Tribunais brasileiros, demonstrando que a idéia de inconstitucionalidade da reincidência já vem sendo considerada e aplicada pelos integrantes do Poder Judiciário.

Seguindo esta linha, no primeiro capítulo faz-se a análise da evolução histórica da sociedade disciplinar, no sentido de demonstrar que o sistema jurídico-penal, durante toda a sua história, apresentou-se como instrumento de controle dos indivíduos marginalizados, relacionando-o com a estrutura do mercado de trabalho e com as condições e movimentos de mão-de-obra. Analisa-se também a evolução histórica do direito penal brasileiro e sua adequação perante as Constituições que se sucederam no Brasil, onde o modelo ideológico do

panóptico foi substituído pelas teorias de Lombroso, mais adequadas aos objetivos colonialistas aqui desenvolvidos.

No segundo capítulo, discute-se o princípio da supremacia constitucional, demonstrando a necessidade de adequação das leis infraconstitucionais perante a Constituição de 1988, a partir da filtragem constitucional, assim como a necessária adequação do direito penal aos princípios constitucionais. Outro ponto analisado é o que relaciona o sistema penal como instrumento de controle social, etiquetando e estigmatizando os indivíduos rotulados como socialmente inferiores, diferenciando aqueles que devem ser controlados.

No terceiro capítulo, define-se, primeiramente, o instituto da reincidência, apresentando as correntes favoráveis e as contrárias à sua aplicação. Além disso, discute-se a violação dos princípios constitucionais pelo presente instituto, tais como os princípios do *non bis in idem*, da culpabilidade, da legalidade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, não sendo, desta forma, condizente com um direito penal garantidor de direitos fundamentais.

Portanto, busca-se neste trabalho demonstrar que o instituto da reincidência criminal, na medida em que agrava a pena do agente, viola os princípios que norteiam a Constituição Federal de 1988, além de apresentar-se como mais um dos instrumentos de controle e dominação de dos indivíduos marginalizados, de acordo com os interesses das classes dominantes da sociedade.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SOCIEDADE DISCIPLINAR

A sociedade contemporânea, marcada pela revolução científico-tecnológica e pelas reformulações ocorridas a partir do século XX na estrutura e nas relações de produção capitalistas, teve aprofundada a desigualdade, a marginalização e a exclusão de grande parte de seus indivíduos. A queda estrutural nos níveis de emprego e a diluição do espaço de soberania e da intervenção social e assistencial dos Estados nacionais resultaram no crescimento da quantidade de marginalizados, excluídos do mercado de trabalho e de suas atividades produtivas.

Neste cenário, o sistema penal na sociedade contemporânea apresenta-se como peça-chave para o controle desses indivíduos marginalizados, ao agir como instrumento mantenedor dessa nova ordem, instado como fonte de respostas à crise da justiça no tocante aos altos índices de violência, que elevam o descontentamento popular com o funcionamento do sistema punitivo.

Tal descontentamento e inconformismo se dão em diferentes níveis, e têm na mídia seu condutor pragmático que ultradimensiona os conflitos sociais que se insurgem contra a ordem das leis penais. Ignorando vícios de constitucionalidade, vários projetos de leis, baseados muitas vezes no senso comum, são oferecidos pelos legisladores como a resposta e a solução para os problemas sociais, visando o aumento e o recrudesimento das penas.¹

Para a compreensão deste processo de criminalização dos excluídos desta nova realidade, em que o instituto da reincidência, em detrimento dos princípios constitucionais, apresenta-se como mais uma das formas criminalizadoras e excludentes dos oprimidos desta nova ordem, é necessário que se descreva historicamente a formação do sistema jurídico-penal, relacionando-o com a estrutura do mercado de trabalho, com os movimentos de mão-de-obra e suas condições sociais.²

1 MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Sociedade do risco e direito penal, uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 88

2 MENEGAT, Marildo. *O olho da barbárie*. São Paulo: Expressão Popular, 2006

2.1 Evolução do Sistema Jurídico-Penal

A Europa, a partir do século XV, vivenciou a transição do sistema feudal para o mercantilismo, trazendo consigo intensos conflitos sociais. Nesta época, a expulsão dos setores populares do campo tornou abundante a mão-de-obra nas cidades, acarretando um aumento dos delitos contra a propriedade, fazendo com que a criação de um direito eficaz para conter e combater os excluídos passasse a ser a preocupação central da burguesia ascendente, que enrijecia a execução das penas na medida em que as massas empobreciam.³

Nesta época, as penas corporais recaíam sobre os indivíduos numa tentativa de controle social e demográfico, pois o excesso de mão-de-obra deveria ser abatido. Os marginalizados emprestavam seus corpos para espetáculos cruéis, onde os “fora-da-lei” eram punidos com o suplício e sessões de tortura que marcavam seus corpos, para que fossem para sempre diferenciados e excluídos da sociedade.⁴

No final do século XVI, a grande exigência de mão-de-obra, para suprir a demanda da atividade mercantilista, modificou os métodos punitivos, que se transformaram diante da possibilidade de exploração do trabalho através da pena de prisão. Nesta época, é clara a mudança de tratamento dispensado aos pobres, já que com a escassez de mão-de-obra surgem leis que punem os trabalhadores aptos que deixaram seu trabalho para mendigar, ao contrário do ocorrido no século XV, onde se punia para conter o excesso. Surgem as unidades correcionais, onde a exploração da força de trabalho disponível gerou um sistema lucrativo e importante para a economia da época, que se beneficiava dos baixos salários pagos aos trabalhadores presos.⁵

Na segunda metade do século XVIII, o movimento pela reforma penal ganhou força simultaneamente à diminuição da necessidade de mão-de-obra. Com a Revolução Industrial, uma nova forma de organização surge no mercado de trabalho, trazendo uma grande crise à classe operária. Um grande contingente de operários sem trabalho se forma, e conseqüentemente, a diminuição dos salários e o aumento da opressão sobre a massa se solidificam, bem como o crescente número de delitos contra a propriedade passa novamente a assombrar a classe dominante.

3 BATISTA, Vera Malaguti. *Diffíceis Ganhos Fáceis*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan. 2003, p. 43

4 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes. 2007

5 BATISTA, Vera Malaguti. Op. Cit., p.44

Segundo Rusche, nesta época: “a classe dominante se sentiu tentada a retomar os métodos pré-mercantilistas para o tratamento da criminalidade, aumentando as demandas por penas mais severas e a crítica do uso liberal da prisão como substituição das formas punitivas tradicionais”, trazendo de volta os castigos físicos, as mutilações, o confisco da propriedade e a perda dos direitos civis.⁶

Desta forma, o refinamento do direito penal ocorrido após a Revolução Industrial, torna a prisão, a partir do século XIX, na pena mais importante de todo o mundo ocidental. O expressivo número de condenações dos indivíduos pobres que cometiam atos contrários aos interesses burgueses levou a uma superpopulação nessas prisões, onde a condição para a reinserção social do detento era a submissão incondicional à autoridade.⁷

Nesta época, surge na Europa o método de isolamento celular do preso, como valioso elemento de disciplina. Para assegurar o controle dos indivíduos neste período, a penalidade, de acordo com Foucault, passou a ser um controle não só sobre se os atos dos que estão ou não em conformidade com a lei, mas também sobre os atos que estes indivíduos são capazes de praticar.

Assim, a grande noção da criminologia e da penalidade em fins do século XIX foi a escandalosa noção, em termos de teoria penal, de periculosidade. A noção de periculosidade significa que o indivíduo deve ser considerado pela sociedade ao nível de suas virtualidades e não ao nível de seus atos; não ao nível das infrações efetivas a uma lei efetiva, mas das virtualidades de comportamento que elas representam.⁸

Foucault descreve este período como a idade da ortopedia social⁹, em que vigorou uma forma de poder caracterizada pela sociedade disciplinar, com formas opostas às das sociedades penais anteriormente conhecidas. Este novo sistema teria sido concebido arquitetônica e administrativamente para manter o detento submetido à mais completa solidão. O *Panopticon* era um edifício em forma de anel que se dividia em celas abertas em todos os lados, com um pátio e uma torre no centro, permitindo a vigilância permanente sobre os indivíduos lá presos pelo vigilante, representava a arquitetura utilizada na época, que difundia o isolamento celular e a vigilância ininterrupta do preso.¹⁰

Para Foucault, este novo sistema baseado no “panoptismo”, cria um novo saber sobre os indivíduos, pois a vigilância permanente por quem sobre eles exerce algum tipo de poder faz com que se determine não somente se alguma coisa se passou ou não, mas se um

6 RUSCHE, Georg & Otto Kirchheimer. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos, 1999, p. 114

7 FOUCAULT, Michel., Op. Cit, p. 200

8 Idem, **A Verdade as Formas Jurídicas**, p. 85

9 Ibid, p. 86

10 FOUCAULT, Michel. *A Verdade as Formas Jurídicas*, Op. Cit p. 87

indivíduo se conduz ou não como se deve, se segue ou não as regras impostas. Estas instituições e técnicas teriam a função de induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade, que assegura o funcionamento automático do poder.¹¹

No século XX, as condenações condicionais e o uso mais difundido das penas pecuniárias se difundem, e o trabalho nas prisões perdeu sua importância econômica nos países mais desenvolvidos industrialmente. O pagamento de salário antes dispensado aos presos foi substituído pela introdução gradual, pelo qual a quantidade de trabalho realizado possibilitava a diminuição da duração de sua condenação. A disciplina passa, então, a ser mantida através de estímulos positivos, como a redução da pena em função do bom comportamento.¹²

Apesar disto, a implantação de programas educacionais efetivos nas prisões não se consolidou, pois a função principal deste sistema moderno continuou sendo a de implantar a disciplina, a de manter sob controle e reprimir o indivíduo criminoso, “designado como inimigo de todos, que têm interesse em perseguir, sai do pacto, desqualifica-se como cidadão e surge trazendo em si como que um fragmento selvagem de natureza.”¹³ Como no tempo das mutilações, a prisão marca o excluído que ao nela entrar foi duplamente excluído, criando um círculo vicioso retificador de segregação e da estigmatização.

2.2 Evolução histórica do direito penal brasileiro

A análise da evolução histórica direito penal brasileiro demonstra o distanciamento de alguns de seus institutos dos princípios constitucionais, principalmente no que tange à reincidência criminal.

De acordo com Vera Malaguti Batista, baseada nos conceitos de Darcy Ribeiro, no Brasil, assim como em toda a América Latina, o sistema de controle social pode ser descrito como produto da transculturação protagonizada primeiramente pela revolução mercantil, depois pela revolução industrial e mais recentemente, pela revolução tecno-científica, e “o

11 Idem. *Vigiar e Punir*, Op. Cit, p. 162

12 BATISTA, Vera Malaguti. Op. Cit., p.44

13 FOUCAULT, Michel. *A Verdade as Formas Jurídicas*, Op. Cit., p 85

marco desta transculturação e deste sistema de controle social tem sido, século após século, o genocídio.”¹⁴

Aqui, o modelo ideológico do panóptico é substituído pelas teorias de inferioridade biológica de Cesare Lombroso, implantando um controle social punitivo transculturado, funcional para os objetivos colonialistas e neocolonialistas, basicamente genocidas e etnocidas.

A primeira Constituição brasileira, em 1824, previa a criação de um Código Criminal, determinando, em seu artigo 179, parágrafo 19, que “desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as penas cruéis”¹⁵, declarando, desta forma, o fim dos suplícios e das penas infamantes. Em 1830, foi promulgado Código Criminal do Império, que reduzia o número de delitos punidos com a pena de morte para apenas três: a insurreição de escravos, homicídio com agravante e latrocínio.¹⁶

As penas de morte e de banimento judicial foram abolidas com a Constituição outorgada após a Proclamação da República, trazendo importantes inovações de inspiração liberal, como a consagração do princípio da legalidade e o fim da pena de morte, conforme descreve Márcia Dometila Lima de Carvalho:

Destarte, a Constituição Republicana nasceu prometendo organizar um regime livre e democrático e, entre outras façanhas, derrubou os privilégios da nobreza hereditária, decretou a laicização do ensino público, introduziu novidades na declaração de direitos. Ao sabor do liberalismo em voga, aboliu a pena de morte e, solidificando o Estado de Direito estabelecido pelo regime republicano, declarou, no seu artigo 78, que a especificação das garantias e direitos, expressos nela, não excluiria outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo estabelecida e dos princípios consignados.¹⁷

Em 1934, surge uma nova Constituição, proclamada por uma Assembléia Constituinte, destacando o regime democrático, assim como o bem estar econômico e social, a liberdade e a justiça, firmando-se como marco dos direitos sociais no Brasil. Tal Constituição, que levou à consolidação de Getúlio Vargas no poder, ficou marcada pelos princípios e garantias fundamentais, proibindo a retroatividade da lei penal mais grave, além da afirmação dos princípios da personalidade da pena, do juiz natural, da fiança e da plenitude de defesa, vedando as penas de banimento, de morte, perpétuas ou de confisco, somente permitindo as

¹⁴ BATISTA, Vera Malaguti. *Diffíceis Ganhos Fáceis*. Op. Cit, p. 55

¹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Pena e constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 20

¹⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 4. ed., 1999, p. 45

¹⁷ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1992.

de morte em caso de guerra declarada. Além disso, surgem mecanismos de proteção aos direitos, como o direito de petição e o *habeas corpus*.¹⁸

Contudo, tal Constituição deparou-se com as dificuldades resultantes de uma crise econômica mundial, visível a partir de 1929, além das primeiras manifestações da questão social brasileira, com reivindicações operárias e sindicais, conforme descreve Nelson Werneck Sodré:

Antes, havia burgueses isolados, como indivíduos, ilhados pelo predomínio absoluto do latifúndio e numa sociedade em que eram minoria reduzida. Agora, já se delineia a burguesia como classe. Essa base social apresentou-se como fermento ideal para a proliferação e implementação das idéias do iluminismo, emergindo, a ideologia do igualitarismo jurídico formal, o direito de igualdade entre os trabalhadores, ainda refletindo as lutas pela libertação dos escravos.¹⁹

Em 1935, sob a liderança de Luiz Carlos Prestes, deflagrou-se a Intentona Comunista, que foi duramente reprimida pelo governo. Com o pretexto de combater os levantes que surgiram por todo o país, foi decretado o estado de sítio, que levou a inúmeras prisões arbitrárias, caracterizando o Estado Novo como um período marcado pela ausência de liberdades individuais, em que o cerceamento da liberdade era um instrumento poderoso da ditadura para o controle de seus opositores.²⁰

Em 1937, o golpe militar do Estado Novo fechou o Congresso Nacional, substituindo a Constituição de 1934 por outra fundada em princípios autoritários, que instituía crimes políticos e trazia de volta a pena de morte, conforme relata Sérgio Salomão Schecaira:

Uma nova Constituição Federal, outorgada sob a égide do poder autoritário e militar do Estado Novo, fecha o Congresso e institui crimes políticos, cominando-lhes, inclusive, a pena de morte. É o retorno desta modalidade de pena no direito pátrio. O art. 122, parágrafo 13 da Carta Política descrevia inúmeras condutas suscetíveis de pena de morte, entre elas o homicídio qualificado. Também eram previstos neste dispositivo constitucional alguns crimes típicos da Lei de Segurança Nacional, v.g, a tentativa de desmembramento de um dos Estados Federados, e crimes políticos, todos punidos com a pena máxima. Os direitos e garantias individuais eram limitados pelo bem público e a segurança do Estado. Tipos penais abertos foram criados, com a prescrição de crimes vagos e incertos, submetidos à aferição do poder governamental, que demonstravam as tendências nacionalistas do Estado brasileiro.²¹

Mesmo com o Congresso Nacional fechado, foi decretado, pelo Presidente Getúlio Vargas, por meio do Decreto-Lei nº 2.848, de 07.12.1940, o Código Penal de 1940, que tinha

18 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O Panóptico revertido: a história da prisão e a visão do preso no Brasil*. 2000. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2000. p. 94

19 SODRÉ, Nelson Werneck. **Capitalismo e revolução burguesa no Brasil**. Rio de Janeiro: Graphia, 1997, p.74

20 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Op. Cit. p. 95

21 SCHECAIRA, Sergio Salomão. **Pena e constituição**. Op. Cit, p. 23

como única fonte o direito positivo, reduzindo o trabalho do penalista a um tipo de interpretação restrita ao texto, não levando em conta a atividade crítica ou subjetiva do intérprete, além de excluir a filosofia da política criminal.²²

Desta forma, considera-se o Código de 1940 como rígido e autoritário, com ideologia ligada ao tecnicismo jurídico e ao neopositivismo, ao mesmo tempo em que era eclético, já que reunia diferentes teorias das escolas penais daquela época, além de incorporar as bases de um direito punitivo democrático e liberal.²³

Cabe ressaltar que o Código Penal de 1940 surgiu motivado pela preocupação das autoridades com a suposta “insuficiência” da legislação anterior, que não teria se mostrado eficaz no combate à criminalidade. A preocupação do legislador em conter determinados grupos de indivíduos, quais sejam, “os não adaptados”, levaram a um Código destinado a conter a criminalidade, numa tentativa de defender a sociedade contra esses indivíduos “perigosos”.²⁴

A política criminal instituída no Estado Novo, implementada pelo Código Penal de 1940, que tinha como instrumentos de controle dos “não adaptados” a penitenciária e o manicômio, mostra uma compreensão equivocada a respeito da questão criminal, que vigorou até 1984, tendo sua Parte Especial, em muitas questões, vigorando até os dias atuais.²⁵

Neste sentido, mostra-se necessário analisar a reincidência criminal à luz das características do Código de 1940, para demonstrar sua incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988, esta pautada em princípios democráticos e humanitários, não condizentes com o Código Penal de 1940.

2.3 O instituto da reincidência criminal no direito brasileiro

22 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Op. Cit. p 96 Apud DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: revista dos Tribunais, 1988, p. 64.

23 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Op Cit. p. 97.

24 Ibid. p. 99

25 Ibid. p. 100

O Código Penal brasileiro deixa de definir o instituto da reincidência e apenas indica as condições de sua verificabilidade.²⁶ Atualmente, encontra-se positivada nos artigos 63, 64 e 67 do Código Penal, tendo relevância como circunstância agravante da pena, do agente que incide na prática de um crime (ou contravenção), posteriormente a ter sofrido condenação por crime²⁷. Nos termos do artigo 63 do Código Penal: "verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior."²⁸

A reincidência encontra-se prevista no Direito Penal brasileiro desde o Código Criminal do Império de 1830, tendo em seu artigo 16, §3º, prevê como circunstância agravante, "ter o delinqüente reincidido em delito da mesma natureza". A partir de então, tal instituto manteve-se presente no Direito brasileiro, sempre considerado como circunstância agravante da pena.

O Código Penal Republicano de 1890 manteve o instituto da reincidência criminal, estabelecendo que este somente se verifica em caso de reincidência especialíssima, mantendo a sua perpetuidade e estendendo a sua influência em relação a outros institutos penais, passando, desta forma, a ser causa de revogação do livramento condicional e causa interruptiva da prescrição.²⁹

Com o Código Penal de 1940, foram previstas duas espécies de reincidência (genérica e específica), assim como a abrangência da definição de delitos da mesma natureza. Francisco Bissoli Filho destaca que o Código Penal de 1940 "foi o que mais privilegiou a reincidência criminal, a ponto de ter constado da sua exposição de motivos, o tratamento especial merecido pelo instituto", afirmando ainda que a "reincidência criminal decorrente da prática de contravenção penal [...] manteve a reincidência como causa de presunção da periculosidade do agente (art. 78, IV), presunção esta que veio a desaparecer do Direito Positivo Penal brasileiro, após a reforma de 1984"³⁰.

26 CARVALHO, Salo de. *Reincidência e Antecedentes Criminais: Abordagem Crítica desde o marco garantista*. Revista da Ajuris. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1999, volume 76, p. 747.

27 CARNEIRO, José Carlos Scalabrini. *Estudo sobre a Reincidência*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, volume 732, p. 496

28

29 BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da Criminalização: dos antecedentes à reincidência penal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, p. 95.

30 Ibidem. p. 96

Em 1977, a Lei 6.416 trouxe três modificações no instituto da reincidência criminal. Num primeiro momento, extinguiu a reincidência específica, por representar limitações ao poder discricionário do juiz na aplicação da pena, indicando, em seguida, a necessidade de um lapso temporal de cinco anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, para que a recidiva produza seus efeitos legais (sistema da temporariedade) ³¹, a fim de não estigmatizar para sempre o condenado. Por fim, trouxe a desconsideração dos crimes militares e políticos.

Atualmente, após a reforma do Código Penal, em 1984, não há mais na legislação penal brasileira a distinção entre as reincidências genérica e específica, com exceção dos crimes hediondos, prevendo expressamente, entretanto, a recidiva ficta, ou seja, quando o agente comete novo crime após o trânsito em julgado da sentença que o tenha condenado por delito anterior. Cabe ressaltar que a reincidência real ocorre quando o sujeito pratica a nova infração após cumprir, total ou parcialmente, a pena imposta em face do crime anterior. É o que esclarece Luiz Regis Prado:

A reincidência perfaz-se pela prática de novo crime pelo agente, depois de transitada em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (art. 63, CP). Não se exige o efetivo cumprimento da sanção penal imposta pelo delito precedente (reincidência ficta), bastando a condenação irrevogável. Para fins de reincidência, não prevalece a condenação anterior se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a cinco anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. Ademais, não se consideram os crimes militares próprios (art. 9º, CPM) e políticos (art. 64, I e II, CP) . ³²

No que tange aos crimes hediondos, a Lei nº 8.072/90, que os regula, determina que a liberdade condicional não deve ser concedida a um reincidente em crime hediondo ou semelhantes. Desta forma, prevê a reincidência específica, tendo o seu art. 5º alterado a redação do art. 83 do Código Penal, inserindo o inciso V, que exige que o condenado, para que possa obter o benefício da liberdade condicional, tenha cumprido mais de dois terços da pena nos casos de ter praticado delito hediondo, tortura, tráfico de drogas ou terrorismo, desde que não seja reincidente em crimes dessa natureza.

Assim, O Código Penal de 1940 previa a reincidência genérica quando os crimes fossem de natureza diversa e a específica, quando os crimes fossem da mesma natureza. Na reforma do Código Penal de 1984, remanesceu somente a genérica e a Lei de Crimes Hediondos revitalizou a específica, impedindo o benefício da liberdade provisória aos

31 PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 426.

32 PRADO, Luiz Regis. Op. Cit. p. 426

reincidentes em crimes hediondos, porém quando ambos os delitos tenham sido cometidos já na vigência do mencionado diploma legal, não sendo suficiente que somente o último crime tenha ocorrido sob a égide da Lei dos Crimes Hediondos.³³

Desta forma, a breve análise histórica da evolução do direito penal e da reincidência mostra-se necessária para que seja possível, nos próximos capítulos, analisar os princípios constitucionais violados pelo instituto da reincidência criminal no direito brasileiro.

2.4 Condições da reincidência na lei vigente

O Código Penal brasileiro apresenta, em seu art. 63, as condições para a verificação da reincidência: “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.³⁴

A lei não distingue se o delito anterior foi culposo ou doloso, nem nada diz sobre o segundo delito. De acordo com Zaffaroni, existem códigos estrangeiros que limitam os efeitos da reincidência somente às penas privativas de liberdade, ao contrário do que ocorre na lei brasileira, pois nesta não existe sequer fundamento para excluir os delitos punidos com a aplicação de multa.

Zaffaroni ainda descreve que o Código Penal Brasileiro, em seu art. 95, exclui a revogação da reabilitação condicional a quem for condenado como reincidente por delito apenado com multa, e desta forma, admite expressamente a existência de reincidente em delito punido com pena de multa.³⁵

Salienta ainda que na Lei 9.099/95, que trata dos crimes de menor potencial ofensivo, “se o autor da infração foi condenado pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva, quando se tratar de ação penal pública incondicionada, o Ministério Público não poderá propor a transação penal”.³⁶ Desta forma, não exclui a reincidência nos

33 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas Corpus* n.º. 14.532 da 6.^a Turma do STJ, Brasília, DF, 28.8.2001, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, *DJU*, Brasília, 24.9.2001, p. 347.

34 *Código Penal Brasileiro - Parte Geral*. 14.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

35 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. Op Cit, p. 796.

36 Loc. Cit.

crimes de menor potencial ofensivo, limitando a proposta de transação penal ao indivíduo não reincidente.

Verifica-se o pressuposto legal da aplicação da reincidência quando o agente tiver contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado, referente a crime anterior, excetuando-se condenações por contravenções. Destaca-se que, conforme o disposto na Lei de Contravenções Penais, qual seja o Decreto - Lei nº 3.688, uma anterior condenação por crime faz reincidente o sujeito que pratica uma contravenção. Entretanto, o contrário não se verifica.³⁷

No que tange à aplicação da reincidência como agravante da pena, não é necessário que o agente tenha cumprido a pena antecedente a que fora condenado (reincidência ficta).³⁸ Porém, deve-se atender ao que estabelece o artigo 64, inciso I do Código Penal, que fixa o prazo de cinco anos para que a condenação anterior seja computada para fins de reincidência, conforme se verifica a seguir:

Não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.³⁹

Em caso de condenação do agente no estrangeiro, é necessário que o fato da primeira condenação no exterior também seja considerado crime aqui no Brasil, pois, caso contrário, esta não servirá como circunstância agravante da pena do agente.

No que tange aos efeitos da reincidência, esta não se limita a agravar a pena do agente, dentro da cominação pertinente. De acordo com Zaffaroni, ela também impede a concessão do *sursis*, aumenta de um terço à metade o prazo de efetiva provação de liberdade para o livramento condicional, impede a substituição da pena provativa de liberdade por uma restritiva de direitos, interrompe a prescrição e pode acarretar na conversão de uma pena substitutiva por uma privativa de liberdade.⁴⁰

3 O DIREITO PENAL E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO CONSTITUCIONAL E COM O CONTROLE SOCIAL

3.1 O princípio da supremacia constitucional

37 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Pierangeli José Henrique. Op. Cit, p. 796

38 PRADO, Luiz Regis. Op. Cit. p. 488

39 ZAFFARONI, Op. Cit, p.797.

40 Ibid. p. 798.

A Constituição contém o conjunto de normas e princípios supremos do ordenamento jurídico de um país ao qual todos devem submeter-se, inclusive o próprio Poder Público. Ela estabelece os princípios basilares da ordem social, política, econômica e jurídica de uma nação, visando orientar e disciplinar a conduta dos indivíduos e de seus governantes.

Hans Kelsen, ao formular sua Teoria Pura do Direito, apresentou uma estrutura escalonada da ordem jurídica, na forma de uma pirâmide, segundo a qual a Constituição ocuparia o seu ápice. De acordo com Kelsen, "a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas" ⁴¹. Neste cenário, consolidou-se a superioridade da Constituição, seja em seu aspecto formal no que se refere à importância de suas normas, seja em seu aspecto material, entendendo-a como conjunto de normas positivas por meio do qual é regulada a produção das normas jurídicas gerais.

Desta forma, as leis constitucionais apresentam supremacia absoluta em relação às ordinárias, servindo de modelo ao qual estas devem se ajustar, sob penal de não serem válidas. A lei ordinária ou o ato administrativo que colidir, no todo ou em parte, com um preceito constitucional expresso ou implícito, considerar-se-á inconstitucional, sendo o ato administrativo anulado. Para atingir esse objetivo, pode-se utilizar a filtragem constitucional, que parte do pressuposto da noção de força normativa da Constituição. ⁴²

Paulo Ricardo Schier, afirma que a filtragem constitucional "denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a *perspectiva material* e formal e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo a cada momento da aplicação do direito, uma releitura e *atualização de suas normas*" ⁴³. Desta forma, as normas de direito ordinário em desconformidade com a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos operadores do direito e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional.

41 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* (trad. João Baptista Machado). 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 1988, p.310.

42 SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. 4ª edição. São Paulo: Editora Safe. 1999, p. 104

43 Loc. Cit.

3.1.1 Relações entre o direito penal e o direito constitucional

O princípio da supremacia constitucional, que não permite a violação dos ditames da Constituição Federal pelas normas infraconstitucionais, obriga a legislação penal a se adequar aos preceitos constitucionais, devendo, desta forma, haver uma estreita relação entre o direito penal e o direito constitucional. O respeito aos princípios constitucionais, pela legislação penal, é imprescindível para a constitucionalidade e conseqüente legalidade de suas normas, sendo necessária uma breve análise das diretrizes presentes na Constituição responsáveis por regular a legislação penal.

Segundo Zaffaroni, são sete as diretrizes da política criminal constitucional: a) as que emergem do art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal, que assegura que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição”, sendo eles o *princípio republicano*, que obriga à interpretação lógica e coerente das leis penais e o *princípio da soberania do povo*, que impede o exercício da justiça penal sob invocações de poderes absolutos ou maiores do que aqueles que emergem da vontade do povo; b) o *princípio da legalidade* e o da *reserva legal*, que resultam do *princípio republicano*, previsto nos art. 5º, inc. XXXIX da Constituição Federal, que garante não haver crime sem lei anterior que o defina, ou seja, só haverá crime se a lei assim determinar; c) o *princípio da retroatividade* da lei mais benigna, previsto no art. 5º, inc. XL da Constituição, que admite que a lei retroaja, se for em benefício do réu; d) o *princípio da personalidade*, previsto no inc. XLV do art. 5º da Constituição, que garante que nenhuma pena passará da pessoa do condenado; e) a proibição das penas de morte de prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e de penas cruéis, caracterizando os *princípios da racionalidade e da humanidade da pena*, previstos no art. 5º, inc. XLVII, excetuando-se a previsão de pena de morte em casos de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, da Carta Magna; f) a previsão da regulação da individualização das penas pela lei, permitindo ao juiz a escolha da pena dentre a “provação ou restrição de liberdade”, “multa”, “perda de bens”, “prestação social alternativa”, “suspensão ou interdição de direitos”, previstos no art. 5º, inc. XLVI da Constituição Federal; g) a exclusividade de elaboração da legislação penal pela União, prevista no art. 22, inc. I da Constituição Federal.⁴⁴

44 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op Cit, p. 132 e 133.

3.2 O direito penal e o controle de constitucionalidade na legislação brasileira

As Constituições podem se apresentar de forma rígida ou flexível, que se diferenciam pela forma de alteração do seu texto. Nas Constituições rígidas, os critérios para a alteração do seu texto são diferentes dos adotado para a criação das normas ordinárias, havendo uma hierarquia formal entre norma constitucional e norma ordinária, enquanto que nas flexíveis, não há essa distinção, não havendo, nesta última, supremacia das normas constitucionais sobre as infraconstitucionais, estando todas no mesmo nível hierárquico.⁴⁵

Na prática, verifica-se que somente nas Constituições escritas rígidas há um efetivo controle de constitucionalidade, por ser esta a única que apresenta hierarquia entre as normas constitucionais e ordinárias. Nos países onde prevalecem as Constituições rígidas, a lei ordinária incompatível com a Lei Maior, não se aplica por ser inválida, enquanto que nos países que adotam as flexíveis, em virtude de não haver relação hierárquica entre as normas, não há que se falar em invalidade da norma por vícios de inconstitucionalidade, e sim, pelo instituto da revogação da norma anterior pela norma posterior (*lex posterior derogat priori*).⁴⁶

No Brasil, por adotarmos a Constituição escrita e rígida, a compatibilização constitucional das normas se dá em face do princípio da supremacia da Lei Fundamental, através do controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos.

Neste sentido, os elaboradores das normas têm o dever de adequar, em virtude do princípio da supremacia constitucional, as leis infraconstitucionais à Lei Maior, esta fundada num núcleo axiológico antropocêntrico, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

O Direito Penal não ficou à margem desse processo de recepção e adequação às normas constitucionais, que, todavia, não se encontra findado. Seus institutos ainda devem, por força da supremacia da Constituição, ser analisados, com o intuito de serem adaptados ou afastados do ordenamento jurídico se contrários aos ditames Fundamentais.

3.3 Controle social e sistema penal. A Teoria do etiquetamento.

45 DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19.edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p.45.

46 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998.

De acordo com a perspectiva marxista, toda sociedade apresenta uma estrutura de poder bem delimitada, com grupos dominantes e grupos dominados, com setores mais próximos ou mais marginalizados do poder, afastados dos centros de decisão.

A partir desta divisão social, os dominantes controlam as condutas dos dominados por inúmeros meios, desde os mais explícitos, como é o sistema penal, até os mais sutis, como ocorre nos meios de comunicação de massa, pela educação, pela família, pela medicina ou pela religião. Tal controle é feito, na maioria das vezes, de forma tão sutil que a população em geral não o percebe, recebendo-o até como meio de recreação, como é o caso dos meios de comunicação de massa ⁴⁷.

Na teoria do etiquetamento social, o crime se apresenta como produto de uma sociedade marginalizante e excludente, na qual aqueles que cometem atos delituosos são rotulados como socialmente inferiores e, por conseqüência, merecedores de serem excluídos das benesses a que fazem jus os “cidadãos de bem” da sociedade. Nesta teoria, o indivíduo se “transforma” em delinqüente não porque tenha realizado uma conduta negativa, mas sim porque determinadas instituições sociais etiquetaram-lhe como tal, tendo ele assumido referido status de delinqüente que as instituições do controle social distribuem de forma seletiva e discriminatória. ⁴⁸

Esta corrente enfoca especialmente a relação entre o crime e a reação que ele provoca no meio social, buscando-se interpretar a prática delituosa como o produto de uma interação social que acaba por selecionar e definir determinados indivíduos ou classes de indivíduos como criminosos. Tais indivíduos constituem a chamada clientela do sistema penal.

Sendo assim, a criminalidade, em essência, não existe, mas é criada pelo controle social imposto pelas instâncias oficiais e dominantes, tais como a polícia e os juízes, que “não detectam ou declaram o caráter delitivo de um comportamento, senão que o geram ou produzem ao etiquetá-lo”. ⁴⁹

Esse “etiquetamento”, criado pela classe dominante para o controle de algumas classes de indivíduos, obedece a um padrão altamente discriminatório e seletivo. A clientela do sistema penal é composta, em sua grande maioria, por indivíduos das classes sociais mais

47 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op Cit, pág. 61

48 MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas* 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1.996, p. 297.

49 Ibid. p. 293.

baixas, que não possuem condições minimamente dignas de sobrevivência e desenvolvimento, e que são identificados como criminosos, que devem ser constantemente controlados e combatidos. Tais indivíduos, ao receberem a etiqueta social que os identifica como criminosos, passam a ser estigmatizados e discriminados somente por possuírem determinadas características, fazendo com que sobre eles recaim toda a força do sistema punitivo.

A teoria do “labelling approach”, ⁵⁰classificada por Baratta como “o novo paradigma criminológico”, se insere no contexto das teorias do processo social, ao lado das teorias de aprendizagem social e de controle social. Para este grupo de teorias psicossociológicas “o crime é uma função das interações psicosociais do indivíduo e dos diversos processos da sociedade”. ⁵¹ Desta forma, conclui Molina:

Segundo esta perspectiva interacionista, não se pode compreender o crime prescindindo da própria reação social, do processo social de definição ou seleção de certas pessoas e condutas etiquetadas como criminosas. Crime e reação social são conceitos interdependentes, recíprocos, inseparáveis. A infração não é uma qualidade intrínseca da conduta, senão uma qualidade atribuída à mesma através de complexos processos de interação social, processos altamente seletivos e discriminatórios. O *labelling approach*, conseqüentemente, supera o paradigma etiológico tradicional, problematizando a própria definição da criminalidade. Esta - se diz - não é como um pedaço de ferro, um objeto físico, senão o resultado de um processo social de interação (definição e seleção): existe somente nos pressupostos normativos e valorativos, sempre circunstanciais, dos membros de uma sociedade. Não lhe interessam as causas da desviação (primária), senão os processos de criminalização e mantém que é o controle social o que cria a criminalidade. Por ele, o interesse da investigação se desloca do infrator e seu meio para aqueles que o definem como infrator, analisando-se fundamentalmente os mecanismos e funcionamento do controle social ou a gênese da norma e não os déficits e carências do indivíduo. Este não é senão a vítima dos processos de definição e seleção, de acordo com os postulados do denominado paradigma do controle. ⁵²

De acordo com Baratta:

A distinção entre os dois tipos de comportamento depende menos de uma atitude interior intrinsecamente boa ou má, social ou anti-social, valorável positiva ou negativamente pelos indivíduos, do que da definição legal que, em um dado momento distingue, em determinada sociedade, o comportamento criminoso do comportamento lícito. ⁵³

Para Baratta, o direito penal não defende todos os bens essenciais, mas somente aqueles escolhidos conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-

50 BARATTA, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1.999, p. 89.

51 MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Op Cit.* p. 214.

52 *Ibid.* p.226-227.

53 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p. 85-86

econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos. A lei penal não é igual para todos, pois o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos, e a intensidade do grau efetivo de reação criminalizante independe da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei.⁵⁴

Deste modo, a criminalidade constitui um bem negativo, distribuído desigualmente, ainda que não de modo arbitrário. Ou seja, selecionam-se como delinquentes, prioritariamente, os indivíduos que pertencem às classes marginalizadas, seja porque o direito penal está estabelecido para proteger sobretudo os interesses das classes superiores, seja em virtude da forma de funcionamento e da operatividade prática das instâncias de controle social, desde a escola, passando pela polícia e pelos tribunais.⁵⁵

Assim, posto que o *labeling approach* centra seu interesse no elemento definidor da desviação e da criminalidade, destacando que quem condena não constata o delito, senão que o produz, temos que o delito não é uma qualidade de uma conduta, mas sim o resultado de uma definição através das instâncias de controle social. E esta definição, como é notório, recai de modo desigual em prejuízo dos extratos sociais mais baixos.⁵⁶ Neste sentido, assevera Baratta:

Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinquente”. Nesse sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.⁵⁷

Segundo Zaffaroni, o “sistema penal”, de forma ampla, inclui a atividade do legislador, do público, da polícia, promotores, juízes e da execução penal, da seguinte forma:

Chamamos “sistema penal” ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma

54 Loc. Cit.

55 MOLINA, Antonio García-Pablos de. Op. Cit. p 299

56 BARATTA, Alessandro. Op. Cit. p. 85-86

57 Loc. Cit.

atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação.⁵⁸

Desta forma, para tornar ampla a definição de sistema penal, é necessário que se incluam as ações controladoras e repressoras que aparentemente nada têm a ver com o sistema penal, não se podendo ignorar, por exemplo, os procedimentos de controle dos setores marginalizados da população, nem deixar de fora os discursos terapêuticos e assistenciais, que se utilizam de áreas como a psicologia, a psiquiatria e a medicina para justificar meios de controle de indivíduos “não adequados”.

Sendo assim, o sistema penal engloba, além da dogmática jurídico-penal, aspectos políticos, filosóficos e sociológicos, apresentando-se como um instrumento de controle social, etiquetando classes definidas de indivíduos, que reflete não só os valores vigentes em uma determinada sociedade, como também é modificado por eles ao longo do tempo. Esses valores, eleitos e determinados pelas classes dominantes, transformam o sistema penal em um produto ideológico, refletindo a ideologia política, filosófica e sociológica da classe privilegiada em determinado momento histórico.⁵⁹

Desta forma, os detentores da estrutura de poder utilizam o sistema penal com uma dupla finalidade, quais sejam, a obtenção de segurança e tranquilidade no acúmulo de capitais, o que se obtém através da criminalização de condutas que possam atingir seus bens jurídicos mais importantes e por outro lado, deixam em segundo plano crimes de colarinho branco, de lavagem de dinheiro e contra o sistema financeiro, tentando se furtar ao máximo da incidência do sistema penal no que se refere ao acúmulo e aos detentores desses capitais.

Para isto, criam o esteriótipo do criminoso padrão, isto é, o indivíduo pobre, sem formação cultural, normalmente negro, que vive nos subúrbios das cidades e que não tem condições de integrar-se à sociedade de consumo, precisando, desta forma, ser controlado, para que não afronte à classe dominante e ao seu acúmulo de capitais. A mídia ocupa papel decisivo neste processo de exclusão e estereotipação, etiquetando os indivíduos que devem ser controlados. Assim, o indivíduo criminoso é simplesmente aquele que foi definido como tal por aquele que tem o poder de etiquetá-lo desta forma.

Portanto, fica claro que os detentores de poder, assessorados pelos meios de comunicação por um aparato médico, sociológico e institucional-legal, utilizam-se das teorias que lhes interessam para justificar e encobrir a discriminação e a exclusão social, que têm a finalidade de coibir possíveis danos ao seu capital e à sua ordem.⁶⁰

58 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. Op Cit, p. 69

59 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Pierangeli, José Henrique. Op Cit, p. 61

60 Loc. Cit.

Neste sentido, a pena apresenta-se como a verdadeira dominação ideológica, já que prega a "ressocialização" do condenado, ou seja, os detentores do poder devem mostrar ao indivíduo delinqüente quais os valores e as pautas de comportamento que deve seguir, punindo os que se negam a cumprir tais regras, e no caso de reincidência, agravando a pena do agente que violou mais de uma vez a ordem social imposta por essa classe dominante.

Pode-se afirmar que a pena, portanto, como prevenção geral, apresenta dois aspectos. O primeiro, seria a busca pela segurança jurídica, buscando tranquilizar e proteger a classe dominante através da punição do indivíduo infrator da ordem imposta. Neste caso, o castigo ao delinqüente geraria um sentimento de segurança jurídica, de que a lei e a ordem estariam sendo cumpridas e respeitadas. O segundo, seria através da intimidação dos excluídos, transformando a pena aplicada ao agente infrator num exemplo para que os demais não cometam o mesmo "erro".⁶¹

Este processo de exclusão, dominação e estigmatização demonstra a real finalidade do Direito Penal, qual seja, um instrumento mantenedor e perpetuador da estratificação das classes sociais, que busca defender os interesses das classes dominantes, bem como a ordem que a ela beneficia, seus bens e seu capital.

Portanto, neste trabalho pretende-se demonstrar o papel do sistema penal como instrumento de controle social, sendo o instituto da reincidência mais um de seus meios, na medida em que etiqueta duplamente o indivíduo que deve ser controlado pela sociedade, diferenciando-o não só por suas características sociais, mas também através da reincidência criminal.

3.4 Conceito de culpabilidade

A culpabilidade apresenta-se como o tema mais debatido e polêmico da teoria finalista do delito, pois representa o momento em que a presença do homem, como julgador, se verifica com maior intensidade, abrindo espaço para grandes subjetivismos que devem ser evitados. Seu conteúdo material e seu conseqüente significado jurídico transitam entre as

61 SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p.459.

idéias de determinismo e de livre-arbítrio.⁶² De acordo com Cezar Roberto Bitencourt, a culpabilidade possui diversos sentidos:

Em primeiro lugar, a culpabilidade, como fundamento da pena, refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, a culpabilidade, como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins previstos etc.⁶³

Para compreender a noção de culpabilidade é necessária a análise de suas teorias. Neste sentido, a Teoria Psicológica da culpabilidade, que surge na segunda metade do século XIX, baseada na estrutura causalista da ação ou causalismo natural, desenvolvido por Von Liszt e E. Beling, encara o crime como um conceito bipartido, estando de um lado o elemento objetivo e do outro, o elemento subjetivo.

Partindo desse pressuposto, a culpabilidade era tida exatamente como esse elemento subjetivo do delito, já que consistia na acepção psicológica feita pelo agente a respeito do resultado, baseando-se no seu querer ou na sua possibilidade de previsão do evento.⁶⁴

Assim, para que o fato criminoso pudesse ser imputado a seu agente, não bastava a conduta objetiva contrária ao ordenamento jurídico, sendo indispensável a relação psicológica vinculante entre o sujeito e o resultado, também chamada de nexos subjetivo.

Daí se denota que a Teoria Psicológica entendia ser espécies da culpabilidade o dolo e a culpa, consistindo aquele na vontade e essa na potencialidade de antevisão do resultado. A culpabilidade era vista como um elemento puramente naturalístico, bastando, para sua caracterização, o nexos psíquico entre o agente e o resultado. É por essa razão que se diz que, sob a égide dessa teoria, a culpabilidade era eminentemente causal, eis que a conduta do sujeito (voluntária, ou involuntária com resultado previsível) era a tão-somente a *causa* do elemento subjetivo do crime.⁶⁵

A culpabilidade então seria o nexos subjetivo entre o agente e o fato praticado por ele, o liame psicológico entre o agente e o seu ato. Havia o questionamento em relação ao nexos

62 CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 25-26.

63 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Volume I, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 14

64 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op Cit, p. 573

65 Loc. Cit.

causal, sobre se a conduta havia ou não causado o resultado e um nexó psíquico, ou seja, a existência de uma relação psicológica entre a conduta e o resultado, o que hoje os adeptos da Teoria Finalista denominam de nexó de finalidade. A culpabilidade entendida como liame psicológico vincula o autor ao fato delituoso, o torna responsável pelo crime.⁶⁶

Neste sentido, por incluir em um denominador comum, ou seja, na culpabilidade, conceitos completamente diversos, como são o dolo (psicológico) e a culpa (normativo), por não explicar a culpa inconsciente e por não resolver a questão da inimputabilidade como excludente da culpabilidade, esta teoria mereceu severas críticas.⁶⁷

Partindo dos desacertos da Teoria Psicológica, construiu-se a *Teoria Psicológico-Normativa* da Culpabilidade, que tinha no dolo e na culpa não mais espécies da culpabilidade, mas sim seus elementos.⁶⁸

A construção de tal doutrina baseou-se em um caso de estado de necessidade, o da *tábua de salvação*, onde se verificou que embora o sujeito agisse dolosamente, isto é, mesmo querendo realizar o evento, não merecia ele a reprimenda penal, por não lhe poder ser reclamado comportamento diferente.⁶⁹

Assim, a exigibilidade de conduta diversa (que gera a reprovação do comportamento) passou a ser vista como elemento da culpabilidade, ao lado da imputabilidade, da culpa e do dolo, esse tendo inerente em seu conceito a consciência da ilicitude.

Passou-se a exigir, além da vontade de realizar o evento (dolo) ou da possibilidade de previsão de evento não desejado (culpa), consistentes no liame psicológico, também o juízo de reprovação, consistente no liame normativo.

Embora tal teoria tenha colaborado para a formulação da atual concepção de culpabilidade, as críticas a seu respeito se dão em virtude desta afirmar que o dolo e a culpa fazia parte da culpabilidade. Tais elementos estariam na conduta do réu e a culpabilidade, no juízo de reprovação a ser feito pelo juiz.⁷⁰

Além disso, o dolo continha em si a consciência da ilicitude, sendo chamado dolo normativo ou *Dolus Malus*, porque se entendia que o agente que quer o resultado conhece sua antijuridicidade.⁷¹

66 Loc. Cit.

67 Ibid. p. 575

68 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. A nova parte geral*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985

69 RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da culpabilidade*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.47

70 FRAGOSO. Op. Cit. p. 48

71 RODRIGUES, Cristiano. Op. Cit. 2004. p.47

Partindo-se dessa premissa, aquele que não tivesse consciência da ilicitude, por possuir padrões morais invertidos, não agiria com dolo e seria, portanto, isento de culpabilidade.

A partir dos erros da Teoria Psicológico-Normativa e da expulsão dos elementos psíquicos erroneamente inseridos no conceito de culpabilidade, formulou-se a Teoria Normativa, aceita por nossa legislação penal de 1984.

Diz-se Teoria Normativa porque a culpabilidade passou a ser informada unicamente por elementos ensejadores de um juízo de valoração por parte do julgador, passando a ser puramente axiológica. Tais elementos passaram a ser a medida, o critério para o nível de reprovação da conduta do indivíduo, surgindo os graus de culpabilidade.⁷²

Dolo e culpa foram colocados no tipo penal, já que esses são elementos integrantes da conduta do agente, isto é, da sua ação ou omissão (daí o surgimento dos conceitos de tipo doloso e tipo culposos).

Neste sentido, a consciência da ilicitude foi destacada do dolo, uma vez que um independe do outro, podendo haver conduta dolosa sem que o sujeito saiba que a mesma é contrária ao direito. O primeiro problema resolve-se no âmbito do tipo penal, ao passo que o segundo encontra solução na culpabilidade.⁷³

Assim, exclui-se o dolo normativo, ou *Dolus Malus* e a consciência da ilicitude, para o surgimento do dolo natural e do *potencial* consciência da ilicitude. A culpabilidade, então, passou a ser vista unicamente sob o aspecto normativo, consistente na reprovação da conduta. E, para que tal censurabilidade pudesse ser auferida, colocou-se a disposição do julgador elementos capazes de informar o grau de reprovação, dependendo de sua maior ou menor presença na conduta do agente, o que leva à conclusão de que a culpabilidade é um conceito graduável.⁷⁴

Para que se compreenda a noção de culpabilidade, é ainda necessária a análise do modelo determinista, que contrário ao modelo racional garantista, substitui a noção de culpabilidade pela de *periculosidade* ou, ainda, pela elaboração de figuras que qualifiquem a personalidade do agente (a chamada culpabilidade pela conduta de vida), através de uma matriz moral ou naturalista que desconsidera a autodeterminação.⁷⁵

Nessa corrente, todo o fenômeno é efeito necessário e inevitável de causas absolutamente condicionantes, de tipo físico, psíquico, ambiental, econômico ou social. Pode-

⁷² Ibid. p. 48

⁷³ Loc. Cit.

⁷⁴ Loc. Cit.

⁷⁵ CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Op. Cit., p. 38.

se, inclusive, desconhecer as causas de seu atuar, bem como as intenções e características psicofísicas de sua personalidade, mas estas causas existem, são independentes da vontade do agente, e condicionadoras de sua conduta.⁷⁶

Por outro lado, há o modelo do livre-arbítrio, que pode ser entendido como o poder do homem psiquicamente desenvolvido de conduzir livremente a vida da maneira que melhor lhe convier⁷⁷, baseia o modelo indeterminista. Este, contrapõe-se ao modelo determinista, na medida em que pressupõe a capacidade de livre decisão do sujeito.

Para os indeterministas, a vontade humana é livre e incondicionada, pois todos os seres racionais têm o poder de se autodeterminar, sendo donos de suas ações. Portanto, inexistindo qualquer constrangimento externo capaz de condicionar a vontade do autor de um delito ou restringir o âmbito de sua autodeterminação, presumi-se que este poderia ter agido de maneira diversa se assim desejasse.⁷⁸

Nesse sentido, Zaffaroni assevera que a culpabilidade somente pode ser fundada sobre a base antropológica da autodeterminação como capacidade do homem. Quando não se leva em conta esta base, desaparece a culpabilidade, seja com a sua substituição pela periculosidade (...), seja porque é reduzida a uma relação psicológica, que não é culpabilidade, e, sim, o aspecto interno do injusto.⁷⁹

Desta forma, trata-se de um juízo de reprovação do ato e não da personalidade do sujeito, reprovação do que o homem fez, e não do que o homem é,⁸⁰ devendo ser dirigido ao agente por, naquela ocasião específica, não ter agido de acordo com a norma pré-estabelecida⁸¹. De acordo com Zaffaroni, é um conceito de caráter normativo, que se baseia na idéia de que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse.⁸²

Porém, a culpabilidade acaba sendo, por diversas vezes, interpretada de modo diverso pelos aplicadores do direito, transformando-se num juízo de censura ético/moral sobre o agente. O abandono da perspectiva garantista é um instrumento que atenta contra às garantias fundamentais, pois legitima a anomalia jurídica da culpabilidade do autor e a mensuração da

76 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2006, p. 452

77 BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 66.

78 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit., p. 452

79 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 572

80 CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Op. Cit. p. 44.

81 PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral. São Paulo: RT, 2004, p. 420-421.

82 43 ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit p. 572

periculosidade do sujeito.⁸³ A reprovação da conduta de vida é a reprovação de condutas anteriores atípicas, que vão contra os princípios subjetivos do aplicador do direito, e que na realidade, podem assim ser consideradas por apresentarem-se contrárias aos valores subjetivos do juiz.⁸⁴

Neste sentido, a análise da culpabilidade no presente trabalho mostra-se necessária na medida em que se pretende demonstrar que o instituto da reincidência, ao agravar a pena do indivíduo reincidente numa conduta delituosa, baseando-se num ato já sentenciado, fere o princípio da culpabilidade, pois atribui responsabilidade ao autor e não ao ato que praticou. Assim, diferencia e estigmatiza o agente, punindo-o pelo que ele é, e não pelo que fez. Tal fato viola o princípio da culpabilidade pois pune o indivíduo por sua condição diferenciada de reincidente e não, pelo ato ilícito que efetivamente praticou.

3.4.1 A Co-Culpabilidade

Nos apontamentos de Juarez Cirino dos Santos, a co-culpabilidade da sociedade organizada pode ser admitida como uma “*valorização compensatória* da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas”⁸⁵. Assim, o corpo social deveria arcar, pelo menos em parte, com as consequências de sua falha em oferecer ao cidadão as condições e os pressupostos mínimos de dignidade. Segundo Nilo Batista, “em certa medida, a co-culpabilidade faz sentar no banco dos réus, ao lado dos mesmos réus, a sociedade que os produziu”.⁸⁶

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, e Alejandro Slokar, a co-culpabilidade se funda na constatação de que, se nenhuma sociedade apresenta mobilidade vertical, a ponto de oportunizar a todos os seus integrantes o mesmo espaço social, o juízo de reprovação penal deve adequar-se, em cada caso, ao espaço social conferido ao indivíduo.⁸⁷

83 CARVALHO, Salo de. Op. Cit. p. 44- 45.

84 ZAFFARONI, Eugenio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 579

85 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 231

86 BATISTA, Nilo. Op. Cit, p. 105.

87 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*, 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 656.

Assim, de acordo com a teoria da co-culpabilidade, não teria pertinência que a sociedade, que delegou o *jus puniendi* ao Estado, não reconhecer sua influência e parcela de responsabilidade ao colocar o indivíduo em uma conjuntura social adversa, sem maiores alternativas e expectativas de desvio da criminalidade. Tal fator teria por efeito uma redução do juízo de reprovação incidente sobre o indivíduo, atenuando a correlata reprimenda penal. Haveria um *compartilhar* de responsabilidades entre o agente e a sociedade.

Neste sentido, a co-culpabilidade passa pela noção de culpabilidade circunstanciada ou contextualizada. A culpabilidade não pode se reduzir a um mero juízo abstrato de reprovação, sob pena de desvirtuamentos. O crime, antes de ser uma construção da dogmática jurídica, é um fato social.⁸⁸

Desta forma, de acordo com Nilo Batista, trata-se de considerar no juízo de reprovabilidade a concreta experiência social dos réus, as oportunidades que se lhe depararam e a assistência que lhes foi ministrada⁸⁹. A reprovação incidente sobre o sujeito, autor de uma dada conduta lesiva a bens e interesses ensejadores da tutela penal, estaria em direta correlação com as oportunidades e perspectivas que o corpo social apresenta ao mesmo. E, nessa linha de considerações, como apontam Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar, a co-culpabilidade tem o mérito de introduzir na construção da culpabilidade normativa, normalmente radicada em concepções idealistas, um potente componente de realismo.⁹⁰

Os Estados imbuídos do ideário democrático consagram em suas Constituições a igualdade de todos perante a lei, a que a doutrina teve por bem denominar igualdade formal. Todavia, há muito se aponta para a insuficiência de se considerar o postulado da igualdade numa perspectiva meramente formal. Isto porque a noção de igualdade pressupõe a constatação das diferenças e tratar igual o que em essência é diverso, na verdade, é tratar diferente. Mister que se atente, também, para a desigualdade fática, social, ínsita à realidade subjacente à esfera abstrata do jurídico. O princípio da igualdade não pode ser visto como algo estático, indiferente à eliminação das desigualdades, mas sim como um princípio dinâmico, impositivo de uma igualdade material. E a consecução desta implica a *compensação* positiva das desigualdades de oportunidades.⁹¹

O princípio da igualdade guarda íntima relação com a liberdade individual. A aferição das desigualdades fáticas, no concernente às condições e oportunidades reais de vida, tem

88 BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p.153

89 BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 105

90 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit., p. 656

91 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 332.

direta implicação no âmbito de liberdade de que o ator social desfruta. E, para consecução da liberdade fática, é necessária a efetivação da igualdade real de oportunidades sociais ⁹². O indivíduo conta com maior ou menor grau de liberdade na medida e proporção das oportunidades sociais, das possibilidades de escolha, de alternativas que se lhe apresentem.

Nessa vertente de idéias, o constitucionalista Gomes Canotilho traz a concepção de *liberdade igual*, elevando-a à condição de paradigma estruturante de uma ordem constitucional democrática. A *liberdade igual* aponta para a real e efetiva igualdade, o que pressupõe a oportunidade de que todos tenham acesso aos frutos do progresso social. A igualdade seria condição necessária para a efetiva liberdade. No exemplo do doutrinador, para a concretização de uma *liberdade igual* não basta a possibilidade de livre expressão, afigurando-se necessária, como pressuposto desta, a igual possibilidade de formação da própria opinião, através do acesso aos bens culturais ⁹³.

No âmbito penal, aponta Juarez Cirino dos Santos que, nas sociedades pluralistas, as alternativas de comportamento, as cotas pessoais de liberdade e determinação foram distribuídas de forma desigual, em direta dependência da condição social ostentada pelo agente: "indivíduos de *status* social superior, maior liberdade; indivíduos de *status* social inferior, maior determinação". ⁹⁴

Apenas atenta às especificidades do *eu circunstanciado* do ator social, a culpabilidade responderia e corresponderia à justa reprovação de seu agir. O delito é um produto do sujeito situado em seu contexto social, e que recebe orientação do quadro de valores sob os quais atua. Assim, o sujeito deve ser tomado em todas as suas dimensões, como pessoa individual e como pessoa situada num determinado contexto ⁹⁵. E, se ao indivíduo não fora conferido espaço social, a faculdade de participar com seus semelhantes dos pressupostos mínimos de dignidade, restaria prejudicada sua capacidade de motivação, de agir conforme aos comandos normativos, influenciando tal aspecto na mensuração do juízo de reprovação individual, de modo a reduzi-lo ⁹⁶. Haveria uma *meia culpa* da sociedade, que sonegou ao indivíduo oportunidades para desvio da criminalidade.

A exposição de motivos do Projeto de Código Penal do Peru, de 1990, retomada sem modificações como exposição do vigente código, consigna expressamente a adoção da co-culpabilidade por aquele diploma, no reconhecimento da parcela de responsabilidade

92 Ibid. p. 438.

93 Loc. Cit.

94 SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 231

95 TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 100-101

96 CONDE, Francisco Munõz. *Teoria geral do delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 130-131.

atribuível ao corpo social na atividade delitiva dos sujeitos afetados por carências sociais. Tecendo considerações acerca do artigo 48, do projeto, que deu origem ao artigo 45, inciso 1 do diploma legal vigente - Decreto Legislativo n.º 635 de 1991, a Comissão Revisora assim se manifestou:

O Projeto consagra o importante princípio da co-culpabilidade da sociedade no cometimento do delito quando prescreve que o julgador deverá ter em conta, no momento de fundamentação em relação ao fato [à falha] e determinar a pena, as carências sociais que afetaram o agente (art. 48) [artigo 45, inciso 1 do código]. Assim, nossa coletividade estaria reconhecendo que não brinda com iguais possibilidades a todos os indivíduos para se comportarem com adequação aos interesses gerais, aceitando uma responsabilidade parcial na conduta delitiva, *meia culpa* que tem o efeito de reduzir o direito de castigar que o Estado exerce em nome da sociedade. A Comissão Revisora entende que a culpabilidade compartilhada a que se alude, diminui ou desaparece na mesma medida em que ao delinqüente tenham sido conferidas as oportunidades de comportar-se segundo as normas de convivência social.⁹⁷

No Direito Penal brasileiro, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli apontam que a co-culpabilidade pode ser admitida diante da disposição genérica constante do artigo 66 do Código Penal.⁹⁸ Miguel Reale Júnior noticia proposta de alteração referente às diretivas de aplicação da pena, que, de certa forma, considera o agente integrado a uma conjuntura social no juízo de reprovação. No Projeto Modificativo do Sistema de Penas, no que tange às circunstâncias judiciais, elimina-se a referência à conduta social e à personalidade do agente, vez que tais aspectos raramente são considerados na prática, além de poderem dar lugar a um subjetivismo do julgador, tornando elástica em demasia a discricionariedade conferida ao aplicador da pena.

Zaffaroni, ao analisar a dicotomização entre as classes de indivíduos mais favorecidos e menos favorecidos da sociedade, conclui pela necessidade do reconhecimento da co-culpabilidade:

Se a sociedade não oferece a todos possibilidades iguais, resulta que existe uma diferença de possibilidades que se oferecem a uns e se negam a outros, portanto, quando a infração é cometida por alguém a quem foi negado algumas possibilidades que a sociedade deu a outros, a igualdade acontecerá quando a parte da responsabilidade pelo fato que corresponda a essas negociações seja suportada pela mesma sociedade que nessa medida foi injusta. Ao lado do homem culpado por seu fato, existe uma co-culpabilidade, ou seja, há uma parte de culpabilidade – da reprovação pelo fato – com a qual a sociedade deve arcar em razão das possibilidades sonegadas (...) Se a sociedade não oferece a todos as mesmas possibilidades, que assumam a parcela de responsabilidade que lhe incumbe pelas possibilidades que negou ao infrator, em comparação com as que

97 PERU. **Decreto Legislativo** n.º 635 de 1991.

98 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 613

proporcionou a outros. O infrator apenas será culpável em razão das possibilidades sociais que se lhe ofereceram.⁹⁹

Ademais, a mensuração da co-culpabilidade corresponde a um dos meios disponíveis ao Poder Judiciário para atribuir um verdadeiro tratamento isonômico entre as pessoas, na medida em que leva em conta a desigualdade material existente entre os grupos sociais da sociedade.

No ordenamento jurídico brasileiro, Zaffaroni identifica a co-culpabilidade no art. 60, §1º, do Código Penal¹⁰⁰, que leva em conta, na fixação de pena de multa, a condição econômica do réu, e na Lei n.º 9.605/98, referente aos crimes ambientais, que em seu art. 14, I, prevê a diminuição da pena em razão do baixo grau de instrução ou escolaridade do agente¹⁰¹. Entretanto, os Tribunais brasileiros ainda relutam em considerar a co-culpabilidade no momento da aplicação da pena.

São raras as manifestações dos tribunais brasileiros no que se refere ao assunto. Como exemplo, cita-se a decisão prolatada pelo magistrado Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, reconhecendo que o Estado, a quem a sociedade incumbiu a consecução de dados fins, no exercício do *jus puniendi*, deveria ter em conta sua falha, enquanto representante da sociedade, ao não propiciar ao indivíduo alternativas e perspectivas que não o investimento na criminalidade. Transcreve-se alguns excertos da aludida sentença:

Ocorre todavia, e ninguém desconhece, que a própria sociedade, pela sua injusta forma de distribuição de riquezas contribui para a gênese ou incremento destes delitos, negando os recursos necessários à educação, saúde e bem-estar geral. [...] No caso de Genézio, todavia, devemos reconhecer que o Estado falhou e falhou especificamente no cumprimento das regras estabelecidas nos artigos 112 e 121 do E.C.A., restringindo ainda mais o espaço social no qual o acusado encontra-se situado, espaço este que lhe oferece muito poucas opções distintas do investimento na criminalidade. [...] Creio que nas circunstâncias o juízo e reprovação social deve ser dividido entre a censura ao agente delinqüente e ao próprio Estado, servindo como causa de atenuação genérica da pena, como permite o artigo 66 do Código Penal.

Contudo, a co-culpabilidade tem sido alvo de críticas. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar asseveram que a mesma se vincula ao falso pressuposto de que a criminalidade é efeito da pobreza, além de subestimar a seletividade criminalizante ínsita ao sistema penal. Propõem a adoção de uma culpabilidade pela vulnerabilidade, que, ao invés de voltar-se para uma responsabilização da sociedade diante da criminalidade dos

99 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política criminal latinoamericana**. Buenos Aires: Hammurabi, 1982, p. 167-168

100 Art.60, §1º, do *Código Penal brasileiro* – A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.

101 CARVALHO, Salo de. Op. Cit. p. 78

excluídos, centra-se no sujeito, que se encontra em posição vulnerável, mais propenso aos efeitos da criminalização, por um sistema penal irracional e seletivo. Desta forma, a mensuração da repressão do delito conformar-se-ia ao esforço do agente para alcance de uma situação de vulnerabilidade, em vista da seletividade estrutural do sistema.¹⁰²

3.4.2 A co-culpabilidade pela vulnerabilidade

A co-culpabilidade, ao tentar estabelecer uma igualdade material entre os indivíduos, através da individualização da pena, partia de pressupostos equivocados, já que permanecia extremamente vinculada à idéia de que a criminalidade é efeito da pobreza e subestimava ou relevava a seletividade criminalizante, o que pressuporia aceitar o funcionamento igualitário e até natural do sistema penal.¹⁰³

Tentando solucionar esta questão, Zaffaroni propôs a culpabilidade pela vulnerabilidade, que aumentaria o alcance de incidência da co-culpabilidade. Vulnerabilidade pode ser definida como a situação na qual a pessoa se coloca quando o sistema penal a seleciona e a utiliza como instrumento para justificar seu próprio exercício de poder.¹⁰⁴

De acordo com Zaffaroni, o nível de vulnerabilidade é fornecido pela situação de vulnerabilidade em que se colocou o indivíduo, esta produzida por dois fatores, quais sejam, o fato da posição ou estado de vulnerabilidade possuir caráter social, já que corresponde ao grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe social ou minoria, como também por se encaixar em um esteriótipo, além do fato do esforço social para a vulnerabilidade possuir caráter individual, pois este é o grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular.¹⁰⁵

Sendo assim, a vulnerabilidade agrega à co-culpabilidade a seletividade criminalizante, isto é, a busca pela igualdade material não pode se restringir à análise da situação econômica e da formação intelectual do sujeito, mas deve englobar igualmente a posição do indivíduo diante do sistema penal seletivo.

102 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Op. cit. p. 650-657

103 CARVALHO, Salo de. Op. Cit., p. 83-84

104 Ibid. p. 85

105 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2007 p. 270

Ao se considerar a premissa de que as pessoas dos mais variados grupos sociais se encontram em “estados de vulnerabilidade” diferentes, a aplicação deste conceito pelo Judiciário pode representar um instrumento efetivo para maximizar o ideal garantista de Estado de Direito penal mínimo e Estado de Direito social máximos, através da concretização da igualdade material no âmbito do direito penal.

Neste sentido, mostra-se importante analisar o conceito de co-culpabilidade e de co-culpabilidade pela vulnerabilidade no presente trabalho, em razão da necessidade da utilização destes conceitos no momento da aplicação da pena do reincidente, que muitas vezes, por encontrar-se em situação material e social desfavorável, estigmatizado, discriminado e excluído da sociedade por sua situação de condenado, torna-se mais propenso a reincidir criminalmente, por sua condição de vulnerabilidade.

4 A REINCIDÊNCIA CRIMINAL E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

4.1 Definição do instituto da reincidência pela doutrina penal tradicional

O instituto da reincidência criminal é trabalhado pela doutrina tradicional de forma semelhante, sendo raras as discussões encontradas acerca de sua inadequação em face dos preceitos constitucionais.

É previsto nas legislações penais de diversos países, conforme demonstra José Paganella Boschi:

A agravação da situação do réu, no processo, em função da frequência da atividade criminoso (reincidência) é idéia que aparece desde a antiguidade e abarca todos os sistemas criminais, fundamentando-se na necessidade de reação contra o hábito de delinquir (consuetudo delinquendi). Assim é que

Dahm, ao formular o conceito de reincidência da alta Idade Média, pondera que decisivo era somente a habitualidade da delinquência.¹⁰⁶

Segundo Mirabete, a exacerbação da pena se justificaria "plenamente àquele que, punido, anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando com a sua conduta criminosa que a sanção normalmente aplicada se mostrou insuficiente para intimidá-lo ou recuperá-lo".¹⁰⁷ A reincidência demonstraria, desta forma, uma persistência do agente em sua vontade de infringir a lei penal, cabendo assim, o aumento da pena a que deve ser submetido, com o intuito de impedir que ele volte a delinquir.

Entretanto, a teoria da insuficiência da pena não possui mais embasamento legal, em virtude de que não há mais, no ordenamento jurídico penal brasileiro, a necessidade do cumprimento da pena anterior para que se caracterize a reincidência, já que no Brasil adota-se o conceito de reincidência ficta.

Desta forma, não há como se falar em pena insuficiente para recuperar o agente, já que apenas fato de um indivíduo ter sido condenado por uma conduta delituosa, mas nunca tendo sido efetivamente punido, já caracteriza, numa próxima condenação, a reincidência como circunstância agravante da pena.

O Código Penal brasileiro não define o instituto da reincidência, somente apontando as condições de sua verificabilidade ¹⁰⁸. Segundo o artigo 63 do Código Penal, "verifica-se a reincidência, quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior".

Para Júlio Fabbrini Mirabete, "a agravante da reincidência, prevista no artigo 61, inciso I, é contestada por alguns doutrinadores que vêem na hipótese um *bis in idem*, ou seja, um agravamento na pena de um crime pela ocorrência de um crime anterior já reprimido por uma sanção penal" ¹⁰⁹.

Damasio E. de Jesus assevera que "reincidência deriva de *recidere*, que significa recair, repetir o ato. Reincidência é, em termos comuns, repetir a prática do crime" ¹¹⁰

Desta forma, nota-se que não há uma conceituação satisfatória da reincidência, pois toda a construção dogmática tende a centralizar o debate nas tradicionais relações entre reincidência genérica ou específica, ficta ou real.

106 BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. Cit. p. 242.

107 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*, v.1. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 1998, p. 296

108 CARVALHO, Salo de. *Reincidência e Antecedentes Criminais*. Op. Cit. p. 747

109 MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p. 296

110 JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, 1º Volume. Parte Geral. 29ª edição. Saraiva: São Paulo. 2008. p. 554

Assim, fala-se em reincidência genérica quando há o cometimento de um delito após ter sido o agente condenado e submetido a pena por outro delito, enquanto que a específica exige a prática de um novo crime igual ou pertencente à mesma categoria daquele pelo qual sofreu condenação anterior. Já a ficta, “consiste na prática de um delito depois de ter sido condenado por outro” e a real, “consiste no cometimento de um delito depois de ter sido condenado e sofrido pena, por um delito anterior”.¹¹¹

No Brasil, o instituto da reincidência é considerado como agravante da pena do agente, em sua forma genérica, e na específica no que se refere à reincidência de crimes hediondos, impedindo benefícios como a concessão de liberdade condicional ao reincidente.

4.2 Fundamentos da circunstância agravante da reincidência. Correntes favoráveis à sua aplicação

A resposta doutrinária sobre o fundamento da circunstância agravante da reincidência não é pacífica nem coerente, no nosso entendimento . A resposta mais difundida acerca do assunto funda-se na teoria psicológica da culpabilidade, e afirma que a reincidência demonstraria uma maior periculosidade do indivíduo, podendo ser explicada como a sua maior possibilidade de cometer um delito. Tal afirmação mostra-se equivocada, não podendo ser atribuída ao agente, em especial, na reincidência do tipo ficta ou genérica. É neste sentido o entendimento de E. Raúl Zaffaroni:

Nada faz presumir ser mais provável que venha a praticar um delito de emissão de cheque sem provisão de fundos, quem antes causou um homicídio culposo com o seu veículo, do que aquele que nada fez até então. Por outro canto, tampouco se compreende ser mais provável que alguém venha a cometer um delito, porque foi intimado, dias antes, de uma sentença condenatória definitiva, quando, por qualquer inconveniente burocrático,

111 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op Cit, p. 792.

poderia vir a ser intimado uns dias após, e, portanto, não tivesse transitado em julgado essa sentença, quando da prática do segundo delito.¹¹²

Contrapondo-se a brilhantes considerações, é grande o número de doutrinadores que defendem a existência de uma “periculosidade presumida”, isto é, passa a presumir-se que um indivíduo que já cometeu um delito volte a delinquir, fato que precisa ser controlado e combatido pelo ordenamento jurídico, com medidas que de uma certa forma, desencorajassem o agente em sua atitude delituosa.

Essa “periculosidade presumida” justificaria o agravamento da pena do agente quando este fosse reincidente, contrariando o fato de que a periculosidade, no caso de se poder valorá-la, representar um juízo fático, não podendo, desta forma, ser presumido, pois estabeleceria a presença de um fato quando este ainda não existe, representando assim não uma presunção, mas sim, uma ficção jurídica.

Outra posição defendida pela doutrina, referente aos fundamentos da circunstância agravante da reincidência, é baseada na teoria psicológica da culpabilidade, e sustenta que a reincidência demonstra uma “decisão de vontade do autor mais forte ou dotada de maior permanência.”¹¹³ Tal afirmação é contrária ao fato de que, na ocorrência de delitos diferentes, não há nexo de vontade entre as duas ações, não podendo, desta forma, se falar em reforço de vontade, pois esta simplesmente não existe.

Outra corrente acerca do assunto baseia-se na teoria normativa da culpabilidade, e afirma que se a condenação anterior não foi suficiente para contramotivar a atitude delinquente do agente, é preciso que se reforce a condenação pelo segundo delito. Tal teoria não leva em conta que a simples notificação ao agente de uma condenação, sem que haja cumprimento de pena, não serve como contramotivador a ninguém, como assevera Zaffaroni:

Esta teoria esquece que a mera notificação de uma condenação, sem qualquer cumprimento de pena, não pode contramotivar ninguém, ressalvada a hipótese de se lhe atribuir efeitos mágicos. Inclusive, nem mesmo uma regulação da reincidência “real”, ou seja, que exija o efetivo cumprimento da pena, pode-se afirmar esta consequência, posto que sabe-se que a pena, mui frequentemente, não é contramotivadora, mas precisamente motivadora, ou seja, condicionante da assunção do rol ou papel desviado do sujeito.¹¹⁴

Assim, as teorias de culpabilidade do ato justificam a reincidência como circunstância agravante da pena pela “recusa ao arrependimento” demonstrada pelo agente, além do desprezo ao valor admonitório da condenação anterior.

Diante da inadmissibilidade das correntes até o momento citadas, perante qualquer direito penal que respeite a dignidade da pessoa, surgiu a tese da dupla lesão, mais de acordo

¹¹² Ibid. p.793.

¹¹³ Ibid. p. 794.

¹¹⁴ Loc. Cit.

com os princípios de um direito penal de garantias, afirmando que o reincidente ofenderia dois bens jurídicos diferenciados, um individual e outro político, quais sejam, o do delito cometido depois do primeiro e a imagem pública do Estado, que sairia denegrida por este não ter sido eficiente como provedor de segurança jurídica.¹¹⁵

Entende-se que tal posição também é equivocada, pois a partir do momento em que o Estado se compromete a garantir a ordem pública e a “ressocializar” o indivíduo, tentando impedi-lo de voltar a delinquir, se tais objetivos não são alcançados seria injusto atribuir ao agente reincidente uma maior punição, vez que foi o Estado quem não agiu com a eficiência a qual se propôs na primeira condenação.

Por fim, todas as posições doutrinárias expostas não levam em consideração a violação do princípio do *non bis in idem* na aplicação do instituto da reincidência criminal como causa agravante da pena do agente. Tal afirmação se baseia no fato de que “a pena maior que se impõe na condenação pelo segundo delito decorre do primeiro, pelo qual a pessoa já havia sido julgada e condenada.”¹¹⁶ Ao ferirem o princípio constitucional do *non bis in idem*, tais teses não justificam com eficiência o instituto em questão, devendo, portanto, serem rejeitadas.

4.3 Teorias contrárias à reincidência criminal

Analisando as teorias que dizem respeito à reincidência, nota-se que as tentativas de justificar a aplicação deste instituto como agravante da pena são bem mais vastas do que suas críticas, que contestam a constitucionalidade do instituto e sua inadequação a um sistema penal garantidor e pautado na dignidade da pessoa humana.

O maior exemplo de jurista crítico ao instituto é Eugenio Raúl Zaffaroni, que sustenta que a reincidência, ao afetar o princípio do *non bis in idem*, afetaria também a coisa julgada, e pretendendo eliminar esta consequência, surgiu uma única teoria, afirmando que o indivíduo, ao cometer um novo delito, violaria duas normas diferentes:

(...) a do segundo tipo (não furtarás, por exemplo), e a que, partindo do primeiro delito, proíbe cometer um segundo. De acordo com essa teoria, cada tipo teria duas normas: uma *específica*, tutelar o bem jurídico de que se

115 Loc. Cit.

116 Ibid. p. 795

trata, e, outra, *genérica*, referida à proibição de um futuro delito. Admitido isso, resulta claro que cada tipo teria dois bens jurídicos e a reincidência estaria ofendendo a um bem jurídico diferente daquele que afeta o segundo delito.¹¹⁷

Esta tipicidade com um bem jurídico concreto e um abstrato, de acordo com Zaffaroni seria de difícil compreensão, mas tal bem abstrato não poderia ser outro que não o “geral sentimento de segurança jurídica, mas, o geral sentimento de segurança jurídica provém da efetiva segurança jurídica de todos os bens jurídicos, que não é nenhum bem jurídico independente e nem concreto, mas a somatória de todos os bens jurídicos.”¹¹⁸

Esta única tentativa teórica de fundamentar a reincidência como circunstância agravante da pena, sem, contudo, violar o princípio do *non bis in idem* e a consequente intangibilidade da coisa julgada, de acordo com Zaffaroni mostra-se inadequada, devendo, portanto, ser rejeitada, concluindo que a agravação da pena do agente pela reincidência é constitucionalmente discutível, não sendo compatível com os princípios de um direito penal de garantias.

Tais considerações, segundo ele, levaram o legislador colombiano a eliminar o instituto da reincidência de seu ordenamento jurídico, e embora ainda não tenha acontecido efetivamente no Brasil, tais considerações vieram por limitar o seu alcance. Afirma ainda, que “na realidade, a reincidência decorre de um interesse estatal de classificar as pessoas em “disciplinadas” e “indisciplinadas”, e é óbvio não ser esta função do direito penal garantidor.”

¹¹⁹

Além disso, assevera Zaffaroni que o Estado e o próprio sistema penal é que devem carregar a culpa pela reincidência do agente, já que não passam de fabricantes de reincidentes. Desta forma, teria o reincidente um menor grau de culpabilidade em sua conduta, graças à incapacidade do Estado em “ressocializá-lo”, em torná-lo apto para a vida em sociedade, já que a isto se propõe quando aplica ao agente delinqüente uma sanção por sua atitude delituosa.¹²⁰

Todavia, na história do direito penal moderno, o instituto da reincidência já havia sido duramente criticado por inúmeros escritores que alijaram a hipótese de que o mesmo fosse considerado motivo de aumento da pena. Luigi Ferrajoli assevera que “a pena cancela e extingue integralmente o delito, restaurando, ao condenado que a sofreu, a condição de

117 Loc. Cit.

118 Loc. Cit.

119 Loc. Cit.

120 Loc. Cit.

inocente (...). Portanto, não se pode importunar o cidadão por aquele delito cuja pena já tenha sido cumprida.”¹²¹

Dentro dos contornos da filosofia iluminista, o estatuto penal decorrente da *Riforma della Legislazione Criminale Toscana*, ocorrida em 30.11.1786, estabeleceu, em seu §57, que, "após executada a sanção imposta pela prática de conduta descrita como crime, as pessoas não poderão ser consideradas como infames, *para nenhum efeito*, nem ninguém poderá jamais reprovar-lhes por seu delito passado, que deverá se considerar plenamente purgado e expiado com a pena sofrida"¹²²

Atualmente, entretanto, em reação às teorias positivistas, anti-garantistas e autoritárias, utilizadas na aplicação da pena do agente, o legislador colombiano fornece o exemplo de abolição da reincidência pelo disposto no artigo 8º de seu CP de 1980, *in verbis*: “Proibição de dupla incriminação. A ninguém se lhe poderá imputar mais de uma vez a mesma conduta punível, qualquer seja a denominação jurídica que se lhe der ou haja dado, salvo o estabelecido nos instrumentos internacionais”.

4.4 A análise da reincidência diante dos princípios constitucionais penais previstos na Constituição Federal de 1988.

Com a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, fez-se necessário analisar a adequação das normas infraconstitucionais com as hierarquicamente superiores, quais sejam, as presentes no texto constitucional. Verificando a sua não adequação, têm-se aquelas que não foram recepcionadas pela nova Constituição, devendo, portanto, ser excluídas do ordenamento jurídico.

Se questiona a reincidência, neste trabalho, na medida em que se traduz uma maior gravidade da pena no segundo delito, já que esta agravação é resultado de um delito já julgado em definitivo, pois a condenação anterior, pressuposto da reincidência, é a consequência do delito anterior.¹²³

121 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 53

122 ZAFFARONI, Raúl Eugênio. *Reincidência*: um conceito do direito penal autoritário, in Livro de Estudos Jurídicos n.º 3. Rio de Janeiro: IEJ, 1991, p. 56.

123 GARCIA, Luiz M. *Reincidencia y punibilidad: aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*. Buenos Aires: Astrea, 1985, p. 127.

De acordo com Paulo Bonavides, “a caminhada teórica dos princípios gerais, até a sua conversão em princípios constitucionais, constitui a matéria das inquirições subseqüentes. Os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo.”¹²⁴

Assim, são os princípios constitucionais, como chaves do sistema normativo, que limitam e regem o poder penal do Estado, apresentando-se como garantias e direitos dos indivíduos que devem ser respeitados num Estado democrático de direito.

Nesse sentido, é a posição de Zaffaroni e Pierangeli, para os quais a agravação da pena pela reincidência tem sua constitucionalidade duvidosa, na medida em que é incompatível com os princípios de um direito penal de garantias:

Nada mais sendo do que uma nova reprovação ao delito anterior, a aplicação do plus de gravidade da pena (seja em sua quantidade, seja na forma de seu cumprimento), decorrente do reconhecimento a reincidência, constitui intolerável afastamento de princípios e regras constitucionais, devendo, assim, ser rechaçado numa nova atuação de Justiça Criminal, pautada por um exercício de poder que faça do exercício da função judiciária um instrumento de limitação, controle e redução da violência punitiva.¹²⁵

Assevera Maia Neto, no mesmo sentido:

O instituto da reincidência é polêmico e incompatível com os princípios reitores do direito penal democrático e humanitário, uma vez que a reincidência na forma de agravante criminal configura um plus para a condenação anterior já transitada em julgado. Quando o juiz agrava a pena na sentença posterior, está, em verdade, aumentando o quantum da pena do delito anterior, e não elevando a pena do segundo crime.¹²⁶

4.4.1 A violação ao princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade é definido por Nilo Batista da seguinte forma:

O princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada causalmente a um resultado, lhe seja reprovável.¹²⁷

124 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004 p. 255-256.

125 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. Cit. p. 841

126 NETO, Candido Furtado Maia. **Direitos Humanos do Preso**. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 147

127 BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 103

E conclui o exame do princípio em questão da seguinte forma:

O princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. No nível do processo penal, a exigência de provas quanto a esse aspecto ao aforisma “culpabilidade não se presume”. A responsabilidade penal é sempre subjetiva.¹²⁸

Francisco Bissoli Filho afirma que dentre os que vinculam a reincidência criminal à teoria do crime, buscando na culpabilidade o seu fundamento, há os que se posicionam no sentido de que “a recaída no crime implica redução ou exclusão da culpabilidade, constituindo-se, assim, em motivo de diminuição ou isenção de pena”.¹²⁹

De acordo com Vera Regina Pereira de Andrade, no princípio de culpabilidade “o fato punível é expressão de uma atitude interior reprovável, porque seu autor atua conscientemente contra valores e norma que existem na sociedade previamente à sua sanção pelo legislador”.

130

A reincidência fere o princípio da culpabilidade quando atribui responsabilidade penal pelo autor e não pelo fato, em virtude de sua pena estar sendo agravada por outro fato que não o do crime efetivamente praticado. Ela se torna então a culpabilidade da culpabilidade, sendo a primeira a do primeiro crime praticado e a segunda, também do primeiro crime, que já teve a sua pena determinada.

É nesse sentido o que assevera Boschi:

O aumento de pena pela reincidência vem sendo intensamente contestado. Argumenta-se, primeiro, que a prática de nova infração pelo mesmo réu decorre menos de sua predisposição de não atender às recomendações da pena e mais da falta de assistência ao deixar a penitenciária. Os presos, em razão do estigma, dificilmente conseguem restabelecer seus vínculos sociais e recolocarem-se no mercado de trabalho. É nessa direção a proposta de consideração da co-culpabilidade como fator de influência na dosimetria da pena, examinada no capítulo anterior.¹³¹

Conclui o mesmo autor:

A primeira orientação [inconstitucionalidade da reincidência] é, sem dúvida, consentânea com o princípio que proíbe a dupla valoração da mesma circunstância. É, também, a que melhor reflete a tese de que a reincidência não pode ser sempre e necessariamente justificada como imperiosa punição ao condenado que, por má formação, desvio de conduta, tendência ao crime, insiste em continuar violando a lei, como tradicionalmente se afirma, mas, isto sim, pode e deve ser compreendida, também, como a expressão final do processo perverso de estigmatização do homem pela prisão e da absoluta

128 Ibid. p. 104

129 BISSOLI FILHO, Francisco. Op. Cit. p. 168

130 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica do controle da violência e do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. pág 136

131 BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. Cit., p. 244.

falta de políticas oficiais de amparo ao egresso, criadoras de novas oportunidades para a harmônica reintegração ao mundo livre pelo trabalho, pela edificação da moradia, pela reconstrução da família.¹³²

A culpabilidade, desta forma, apresenta um juízo de reprovação do ato e não da personalidade do sujeito, reprovando o que o homem fez, e não o que o homem é, devendo dirigir-se ao agente por, naquela ocasião específica, não ter agido de acordo com a norma pré-estabelecida.

Neste sentido, o instituto da reincidência criminal, ao agravar a pena do agente que reincide numa atitude ilícita, levando em conta o crime anteriormente praticado e já sentenciado, viola o princípio da culpabilidade ao atribuir a responsabilidade penal pelo autor e não pelo fato, diferenciando-o dos demais indivíduos na aplicação da pena, por já ter incorrido em outro crime. Tal fato demonstra a incompatibilidade do instituto da reincidência com um sistema pautado em princípios humanos e igualitários, que constituem as pilastras da Constituição de 1988.

4.4.2 A violação do princípio do *non bis in idem*

O princípio do *non bis in idem* apresenta-se como uma das pilastras do Estado Democrático de Direito, e consequentemente, do garantismo, ao vedar a dupla incriminação do indivíduo, demonstrando, assim, que não se pode punir alguém duas vezes pelo mesmo fato. Sua fundamentação encontra-se presente no artigo 8.º, inciso IV da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: "O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos".

Foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro após a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que acrescentou ao artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, o § 3º, possibilitando aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serem equivalentes às emendas constitucionais.

Considerando que o Brasil ratificou o Tratado Internacional sobre os direitos humanos da Convenção Americana, o princípio do *non bis in idem*, preceito internacional, de conteúdo

¹³² BOSCHI, José Antônio Paganella. Op. Cit. p. 246.

intrinsecamente ligado aos Direitos Humanos, ingressa no ordenamento jurídico brasileiro como norma constitucional.

Desta forma, as normas infraconstitucionais não podem ser contrárias ao princípio em análise, sob pena de sua inconstitucionalidade. No que tange ao instituto da reincidência criminal, o princípio do *non bis in idem*, ao proibir a dupla valoração fática de uma conduta delituosa, de modo a agravar a pena do agente, demonstra a inconstitucionalidade do instituto analisado neste trabalho, na medida em que este, ao agravar a pena do indivíduo reincidente, o pune duas vezes pelo mesmo ato.

A reincidência, como circunstância agravante, pode incidir em duas fases do sistema trifásico de aplicação da pena: na primeira fase, como circunstância judicial para a fixação da pena base, e também pode incidir na terceira fase, como uma agravante, preponderando-se inclusive sobre as demais.

O Supremo Tribunal de Justiça, em entendimento proferido através da Súmula nº 241, determina que a reincidência penal não pode ser considerada, simultaneamente, como circunstância agravante e como circunstância judicial. Tal decisão demonstra que a reincidência, por sua natureza, viola o princípio constitucional do *non bis in idem*, pois ao agravar a pena do delito posterior, em realidade se está punindo uma situação anterior já sentenciada. Desta forma, ao punir duas vezes o mesmo ato delituoso, fere-se o princípio em questão, do que se pode concluir que o instituto em análise neste trabalho é inconstitucional.

4.4.3 A violação do princípio da legalidade

O princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal entre os direitos e garantias fundamentais, bem como no artigo 1º do Código Penal Brasileiro, possui a seguinte redação: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Também chamado de princípio da reserva legal ou princípio da anterioridade da lei penal, tem como principal função a de estabelecer a positividade jurídico-penal. É neste sentido que assevera Nilo Batista:

Sem dúvida a principal função do princípio da Legalidade é a função constitutiva, através da qual se estabelece a positividade jurídico-penal, com a criação do crime (pela associação de uma pena qualquer a um ilícito qualquer). Nem sempre se percebe que o princípio da Legalidade não apenas

exclui as penas ilegais (função de garantia), porém ao mesmo tempo constitui a pena legal (função constitutiva).¹³³

Tal princípio atende a uma necessidade de controle do jus puniendi e de segurança jurídica, com a finalidade de coibir possíveis abusos à liberdade individual pelo Estado, o titular deste poder. Desta forma, o princípio da legalidade constitui uma garantia constitucional ao cidadão, decorrente da supremacia do Poder Legislativo, e portanto, da soberania popular, salvaguardando os direitos e liberdades individuais.¹³⁴

De acordo com Francisco Bissoli Filho, “nem a personalidade, nem a periculosidade criminal, as duas variantes que definem a personalidade perigosa, nem esta, a despeito das teorias positivistas, estão explicitamente definidas no Direito Positivo Penal brasileiro”.¹³⁵

Desta forma, o instituto da reincidência criminal, bem como à *periculosidade*, atribuído ao agente em consequência de sua condição de reincidente, ao não se encontrarem definidos no Código Penal brasileiro, não garantem a segurança jurídica de prévia cominação legal, caracterizando uma subjetividade não admitida num ordenamento jurídico pautado em princípios constitucionais humanitários.

4.4.4 Violação do princípio da igualdade

O princípio da igualdade, segundo Vera Regina Pereira de Andrade, ressalta que “o Direito Penal é igual para todos. A reação penal se aplica de igual maneira a todos os autores de delitos. A criminalidade significa a violação do Direito Penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviada”.¹³⁶

O tratamento diferenciado entre os indivíduos a que a lei qualifica como reincidentes, implica lesão ao princípio constitucional da igualdade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, na medida em que diferencia o indivíduo que cometeu um crime anterior, quando da aplicação de uma pena posterior.¹³⁷

Portanto, em virtude do fato de que, por cinco anos após o cumprimento de sua pena, o indivíduo que se apresenta novamente à sociedade como “ressocializado” carregará o estigma de sua pena, merecendo uma condenação agravada no caso de vir a violar novamente as regras do sistema penal, o instituto da reincidência viola o princípio da igualdade, na medida em que diferencia o indivíduo, “emprestando” a ele um estigma, que o acompanhará e sobre

133 BATISTA, Nilo. Op. Cit. p.68

134 QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 22

135 BISSOLI FILHO, Francisco. Op. Cit. p.169

136 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Op. Cit. p. 136

137 BISSOLI FILHO, Francisco. Op. Cit. p. 167

ele incidirá, no caso de vir a delinquir novamente. Desta forma, a reincidência age como instrumento de desintegração social, indo contra a teórica função de “ressocialização” do agente, pois o rotula, diferenciando-o dos demais.

Ao agravar a pena do agente, há um claro desrespeito ao princípio da igualdade, em virtude da discriminação e estigmatização do reincidente, em virtude de seus crimes anteriores. Neste sentido, assevera Alessandro Baratta que “o desigual tratamento de situações e de sujeitos iguais no processo social de definição da “criminalidade” responde a uma lógica de relações assimétricas de distribuição do poder e dos recursos da sociedade”.¹³⁸

Desta forma, a agravação da pena do indivíduo, em virtude de sua condição de reincidente, viola o princípio da igualdade, previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, demonstrando mais uma vez a inconstitucionalidade do presente instituto.

4.4.5 A Violação do princípio da dignidade humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, está disseminado por todo o texto constitucional, norteador todo o ordenamento jurídico brasileiro. Esse princípio exprime, em termos jurídicos, a máxima Kantiana, segundo o qual o Homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio, sendo o precedente do Direito e do Estado, que apenas se justificam em razão dele.¹³⁹

Nesse sentido, assevera Miguel Reale que, sendo a defesa e promoção da dignidade humana, em todas as suas dimensões, a tarefa primordial do Estado Social Democrático de Direito, apenas o respeito a essa dignidade legitima a ordem estatal e comunitária, constituindo, a um só tempo, pressuposto e objetivo da democracia¹⁴⁰. De acordo com Paulo Queiroz:

O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro da ordem jurídica, conferindo unidade teleológica e axiológica a todas as normas

¹³⁸ BARATTA, Alessandro. Op. Cit., p. 42

¹³⁹ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 59

¹⁴⁰ Loc. Cit..

constitucionais, pois o Estado e o Direito não são fins, mas apenas meios para a realização da dignidade do Homem.¹⁴¹

Para o professor Cezar Bitencourt:

A proposição de penas cruéis e infamantes, a proibição de tortura e maus-tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados, são corolários do princípio da humanidade.¹⁴²

Ainda nos dizeres de Bitencourt (2003, p. 15):

O princípio da humanidade recomenda que seja reinterpretado o que se pretende com “reeducação e reinserção social”, uma vez que se forem determinados coativamente implicarão atentado contra a pessoa como ser social.¹⁴³

Sob a égide garantista, a certeza da regulatividade penal é indispensável à proteção da tutela da dignidade do homem, pois permite que deste sejam exigidas somente ações e omissões pré-especificadas. Logo, a igualdade e respeito à pessoa se conectam, pois a primeira se define como idêntica valoração das diferenças pessoais e igual direito de cada um à sua tutela. Dizer que são exigíveis apenas as formas de atuar e não os modos de ser, significa não se imputar, penalmente, condições pessoais, garantindo a todos a igualdade penal.

Ademais, esse esquema do sistema constitutivo vem sendo reproduzido durante toda a história do direito penal, onde o “lugar das bruxas” tem sido ocupado pelos infiéis, hereges e pelos judeus, e atualmente, pelas classes e sujeitos perigosos, ociosos e vagabundos, pelos propensos a delinquir e pelos reincidentes.

Sendo assim, um dos tipos mais importantes em que se explica esse moderno sistema constitutivo é o instituto da reincidência, na medida em que este consiste numa técnica punitiva que criminaliza a identidade subjetiva do agente, a sua interioridade.¹⁴⁴

Pelo exposto, não se pode aceitar, ao analisar os princípios constitucionais, que uma pessoa possa, por mais vezes, ser punida pela mesma infração, não podendo o fato criminoso que originou o primeiro delito, servir de fundamento a uma agravação obrigatória de uma pena referente a um fato posterior. O instituto da reincidência atenta, desta forma, contra a lógica democrática do Estado, não sendo compatível com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Neste mesmo sentido, Cândido Furtado Maia Neto, ao confrontar a reincidência com o modelo garantista de direito, assevera que:

141 QUEIROZ, Paulo de Souza. Op. Cit. p. 31

142 BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. Cit. p. 15

143 Loc. Cit.

144 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. p. 81

O instituto da reincidência é polêmico e incompatível com os princípios reitores do Direito Penal democrático e humanitário, uma vez que a reincidência na forma de agravante criminal configura um *plus* para a condenação anterior já transitada em julgado. Quando o Juiz agrava a pena na sentença posterior, está, em verdade, aumentando o *quantum* da pena do delito anterior, e não elevando a pena do segundo crime.¹⁴⁵

Cabe ainda ressaltar que as sentenças constitutivas, além de serem fonte de desigualdade e discriminação, apresentam-se também como um fator de antiliberdade, na medida em que expressam um poder de disposição tão ilimitado quanto ilegítimo, em razão de seu caráter extralegal.

O poder de julgar, enquanto não se restringe à função cognitiva que, além de provas e contraprovas, inclui um poder direto e autônomo de qualificação e etiquetamento, dá origem a uma relação inevitavelmente desigual, de domínio, que anula a dignidade da pessoa processada.¹⁴⁶

Portanto, conclui-se que "a reincidência decorre unicamente de um interesse estatal de classificar as pessoas em 'disciplinadas' e 'indisciplinadas', e, é óbvio, não ser esta função do direito penal garantidor"¹⁴⁷. Neste sentido, as práticas legislativas e judiciais que agem no sentido de agravar o caráter punitivo ao condenado reincidente, caminham contrariamente aos princípios constitucionais garantidores da dignidade da pessoa humana, o que prova, mais uma vez, a inconstitucionalidade do instituto em questão. Sendo assim, ao interpretar o art. 63 do Código Penal brasileiro conforme a Constituição de 1988, chega-se à conclusão de que o instituto da reincidência não se compatibiliza com os princípios fundamentais da culpabilidade, do *non bis in idem*, da igualdade, da legalidade e da dignidade da pessoa humana, conforme será analisado a seguir, devendo, desta forma, ser considerado inconstitucional e conseqüentemente, ser excluído do ordenamento jurídico brasileiro.

4.5 Decisões negadoras da aplicação do instituto da reincidência

Ainda é grande a resistência dos Tribunais brasileiros no que tange à crítica da reincidência como circunstância agravante da pena do agente, sendo poucas as decisões negadoras do instituto na jurisprudência brasileira.

145 MAIA NETO, Cândido Furtado. Op. Cit. p. 147

146 FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 407

147 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op Cit, p. 841

Como exemplo de inovação, tem-se o julgamento da Apelação nº. 699.291.050, ocorrido em 11 de agosto de 1999, perante a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo relator foi o Desembargador Amílton Bueno de Carvalho, que negou a aplicação do instituto da reincidência, por esta afrontar à Constituição Federal.

A decisão mantida em recurso de apelação foi iniciada justificando-se a não incidência do instituto da reincidência, nos seguintes termos:

O Direito Penal e também Processual Penal devem ser interpretados, assim, não mais sob a ótica de um modo liberal-individualista-normativista de produção de direito, com sua faceta hobbesiana-ordenadora, mas sim, sob a ótica de um Estado Social e Democrático de Direito, de cunho intervencionista-promovedor-transformador. Por isso, a parte especial do Código Penal deve ser revista, repensando-se os seus bens jurídicos, à vista da matriz constitucional.

Consequentemente, o Desembargador Amílton Bueno de Carvalho, ao julgar a presente apelação, afirmou ser necessário compatibilizar as normas anteriores à nova Constituição com a nova ordem constitucional, a partir de uma perspectiva garantista do direito, citando, inclusive, uma passagem de Luigi Ferrajoli:

Todos os direitos fundamentais – e não só os direitos sociais e os deveres positivos por eles impostos ao Estado, mas também os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas que limitam a intervenção daquele – equivalem a vínculos de substâncias e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito.¹⁴⁸

Neste sentido, salienta que o Juiz está sujeito somente à lei coerente com a Constituição, afirmando que a interpretação judicial da norma é sempre um juízo sobre a própria lei, tendo Judiciário o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, compatíveis com as normas substanciais e com os direitos fundamentais por ela estabelecidos.

Na mesma linha foi a fundamentação do segundo Desembargador a julgar a apelação, que pugnou pelo improvimento do apelo, e ao proferir sua decisão, utilizou as palavras de Lênio Luiz Streck:

No nosso Código Penal, a reincidência, além de agravar a pena do (novo) delito, constitui-se em fator obstaculizante de uma série de benefícios legais, tais como a suspensão condicional da pena, o alongamento do prazo para o deferimento da liberdade condicional, a concessão do privilégio do furto de pequeno valor, só para citar alguns. Esse duplo gravame da reincidência é antigarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito, mormente pelo seu componente estigmatizante, que divide os

148 FERRAJOLI, Luigi. **O direito como sistema de garantias**, in *O novo em Direito e Política*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1997, p. 97

indivíduos em aqueles-que-aprenderam-a-conviver-em-sociedade e aqueles-que-não-aprenderam-e-insistem-em-continuar delinquindo".¹⁴⁹

E continuou:

Se pode aplicar uma pena mais grave do que a correspondente à classe de delito de que se é culpável; se infligir a alguém que cometeu um primeiro delito pelo qual foi apenado uma nova pena por esse crime não seria violar abertamente o *non bis in idem*, que é uma das bases fundamentais de toda a legislação em matéria criminal.¹⁵⁰

Para concluir, o Desembargador Mauro Evely Vieira de Borba finalizou suas justificativas, que deram ensejo à manutenção da decisão, afirmando que:

O exame do caso concreto, à luz de tais considerações, aponta, indubitavelmente, para a violação do Princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade, se operada com a reincidência. É que, sem a reincidência, o sancionamento para o delito praticado seria um, ao passo que, incidindo ela, o apenamento seria outro e as conseqüências da condenação também, muito mais gravosas para o réu, ocorrendo, pois, a 'desproporção entre o resultado e o meio'. Ou seja, a simples incidência da reincidência (meio) acarreta um resultado (apenamento e conseqüências mais gravosas ao réu) absolutamente desproporcional, ferindo, desta forma o Princípio da Proporcionalidade, conseqüentemente, ferindo a própria Constituição, que, por ser a norma fundante de todo o sistema, retira o suporte de validade do dispositivo legal que prevê a reincidência, porque, materialmente com ela conflita.

Desse modo, surge a possibilidade de uma nova conduta por parte dos aplicadores do direito, baseada na operação de noções e institutos condizentes com um Estado Democrático de Direito, fundados a partir de uma Constituição que possui as bases teóricas do direito a ser seguido, capaz de proporcionar uma nova dimensão de toda ordem infraconstitucional.

São neste mesmo sentindo as decisões prolatadas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

A reincidência, além de agravar a pena do novo delito, constitui-se em fator obstaculizante de uma série de benefícios legais, tais como a suspensão condicional da pena, o alongamento do prazo para o deferimento da liberdade condicional, a concessão do privilégio do furto de pequeno valor, só para citar alguns. Esse duplo gravame da reincidência é antigarantista, sendo, à evidência, incompatível com o Estado Democrático de Direito [...] (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 5ª Câmara Criminal. AC nº 699.291.050. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Data do julgamento: 11.8. 1999.)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EMBARGOS INFRINGENTES. AGRAVAÇÃO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA. A agravação obrigatória da pena pela reincidência caracteriza bis in idem. Um mesmo fato não pode ser tomado em

149 STRECK, Lênio Luiz - **Tribunal do Júri – Símbolos & Rituais**, Livraria do Advogado Editora, 3ª edição, p. 63 a 68, Porto Alegre, 1998

150 ZAFFARONI, Raúl Eugênio. **Reincidência**: um conceito do direito penal autoritário, in Livro de Estudos Jurídicos n.º 3, Rio de Janeiro: IEJ, 1991, p. 55 e 56.

consideração duplamente porque possibilita uma inadmissível reiteração no exercício do jus puniendi do Estado. Embargos acolhidos para que prevaleça o voto minoritário que afasta o acréscimo da pena pela reincidência. Predominância dos votos mais favoráveis em razão do empate. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. 3º Grupo Criminal. EI n.º 70000916106. Data do julgamento: 13.11.00).

Seguiu a mesma posição a decisão abaixo, do Superior Tribunal de Justiça:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP – Penal – Processual – Agravante – Reincidência – Prova – Certidão de Trânsito em Julgado. A reincidência está incluída no rol das circunstâncias agravantes [...]. Ademais, o instituto da reincidência não se esgota, porém, em dado meramente cronológico: crime praticado depois de condenação por crime anterior, com trânsito em julgado. Impõe-se, além disso, examinar se a repetição do agente evidencia tendência genérica, ou específica para a criminalidade, aferindo, assim, a personalidade do autor (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. RESP n.º 158045/BA. Relator: Luiz Vicente Cernicchiaro. Data do julgamento: 17.02.99).

Sendo assim, a caracterização da reincidência em desfavor do acusado, por ensejar evidente violação aos valores vigentes em todo e qualquer Estado Democrático de Direito não deve ser aplicada pelo Judiciário, já existindo, mesmo que ainda em pequeno número, decisões jurisprudenciais que afastam a aplicação do presente instituto.

4.6 A verdadeira função da aplicação da reincidência criminal: a estigmatização da população “criminosa”

De acordo com Francisco Bissoli Filho o termo “estigma” pode significar “sinais corporais com os quais se procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre status moral de quem apresentava”.¹⁵¹ Explica ainda o autor que existem três tipos diferentes de estigma:

As abominações do corpo, ou seja, as várias deformidades físicas; as culpas de caráter individual, precedidas como vontade fraca, paixões tirânicas ou não naturais, crenças falsas e rígidas, desonestidade, sendo estas inferidas a partir de relatos conhecidos de, por exemplo, distúrbio mental, prisão, vício, alcoolismo, homossexualismo, desemprego, tentativas de suicídio e comportamento político radical; finalmente, há os estigmas tribais de raça, nação e religião, que podem ser transmitidos através da linhagem por igual todos os membros de uma família¹⁵²

¹⁵¹ BISSOLI FILHO, Francisco. Op. Cit. p. 190

¹⁵² Loc. Cit.

Para Bissoli Filho, as teorias tradicionais compreendem que a reincidência criminal constitui fator de diferenciação dos indivíduos. Tais indivíduos, quando reincidentes criminais, são colocados em um grupo específico, considerados como perigosos, representantes do mal e merecedores de tratamento processual específico.¹⁵³

Para Alessandro Baratta, os criadores das normas, ao valorar a reincidência, introduziram um critério de seleção penal no sistema, com a finalidade de diferenciar o indivíduo criminalizado dos demais, produzindo estigmas¹⁵⁴. Neste sentido, as instâncias oficiais acabam por constituir o verdadeiro meio de controle social, sendo a criminalização e a estigmatização de alguns indivíduos o instrumento necessário para manter a ordem das classes dominantes.

Assim, o instituto da reincidência, ao tornar o indivíduo diferente dos demais, com menos direitos e mais deveres,¹⁵⁵ estigmatiza o agente, o que constitui elemento indispensável numa sociedade extremamente desigual e injusta, já que esta criminalização e estigmatização tem a finalidade de manter sob controle aqueles que só podem devolver à sociedade o que dela receberam: violência, injustiças, medo e dor.

Ao analisar o instituto da reincidência fica claro que este não tutela nenhum bem jurídico determinado, apenas ocorrendo uma presunção de que, se o sujeito que cometera um crime voltar a violar alguma outra lei penal, deverá ser mais severamente do que na primeira oportunidade. O que ocorre na verdade é o simples sentimento de desprezo pelo reincidente e uma falsa impressão de segurança que é trazida pelo maior tempo em que o indivíduo “perigoso” ficará afastado do meio social.

Portanto, ao punir mais severamente o indivíduo reincidente não há bem jurídico especificamente tutelado, mas apenas um sentimento de justiça da sociedade, que como os afiliados da escola penal positivista, querem separar os delinquentes do convívio social, criminalizando-os e diferenciando-os dos demais.

Portanto, o sistema penal, ao aceitar a influência da reincidência criminal, só reforça o estigma do indivíduo criminalizado, tornando-o refém do próprio passado,¹⁵⁶ induzindo uma segregação aos que contraíram a mácula da reincidência, que diferem dos demais membros da sociedade por possuírem esta “marca”.

Tal diferenciação, que divide os indivíduos entre aqueles que aprenderam a conviver em sociedade e aqueles que não aprenderam e insistem em continuar delinquindo, é

153 Ibid..p. 215

154 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p. 180

155 BISSOLI FILHO, Francisco. *Op. Cit.* p 216

156 Ibid. p. 217

antigarantista e incompatível com o Estado Democrático de Direito e, por consequência, com os princípios fundamentais norteadores de uma sociedade fundada na dignidade da pessoa humana.¹⁵⁷

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar a reincidência criminal, na medida em que viola os princípios constitucionais, conclui-se que o presente instituto opera ao desabrigo da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, devendo, portanto, ser retirado do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, age como mais um instrumento de segregação e dominação de uma parcela de indivíduos da sociedade, que tem no direito penal o principal meio de controle dos indivíduos marginalizados, que devem ser contidos para que não atentem aos interesses das classes dominantes. Desta forma, o instituto em análise apresenta-se decorrente de um interesse em classificar as pessoas em “disciplinadas” e “indisciplinadas”, estigmatizando e diferenciando o reincidente, o que se mostra inadequado a um sistema penal pautado em princípios fundamentais.

Portanto, como instrumento de controle da sociedade, foi introduzido no ordenamento jurídico como critério de seleção penal, com a função principal de diferenciar alguns indivíduos dos demais, na medida em que os estigmatiza, de acordo com os interesses da classe dominante de um momento histórico.

Neste sentido, o presente trabalho se alinha com a perspectiva crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista e Alessandro Baratta, no sentido de que o objetivo de diferenciar os

¹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit. p. 71

indivíduos em “reincidentes”, colocando-os neste grupo específico, é o de dispensar a eles um tratamento específico, para que possam ser mantidos sob controle.

Desta forma, tal sistema vai contra a um direito penal que deve ser praticado num Estado Democrático de Direito, devendo ser combatido e criticado pelos aplicadores do direito. Assim, o instituto da reincidência, por violar a Constituição Federal de 1988 e por apresentar-se como mais um dos instrumentos de controle e diferenciação dos indivíduos marginalizados, deve ser retirado do ordenamento jurídico brasileiro, por mostrar-se inconstitucional e não condizente com um direito baseado na dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica do controle da violência e do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro, **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2ª edição. Saraiva, São Paulo, 1998.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 10ª edição, 2005.

BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis Ganhos Fáceis**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia. Editora Revan, 2003.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da Criminalização**: dos antecedentes à reincidência penal. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. Volume I, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARNEIRO, José Carlos Scalabrini. **Estudo sobre a Reincidência**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, volume 732.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Reincidência e Antecedentes Criminais**: Abordagem Crítica desde o marco garantista. Revista da Ajuris.. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, volume 76, 1999.

CONDE, Francisco Munõz. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **O direito como sistema de garantias**, in O novo em Direito e Política, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1997.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade as Formas Jurídicas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Nau. 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16ª edição. Petrópolis: Vozes. 2007

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. A nova parte geral. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

GARCIA, Luiz M. **Reincidencia y punibilidad**: aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena. Buenos Aires: Astrea, 1985.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal** - 1º Volume. Parte Geral. 29ª edição. Saraiva: São Paulo. 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (trad. João Baptista Machado). 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 1988.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MENEGAT, Marildo. **O olho da barbárie**. São Paulo: Expressão Popular, 2006

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal** – Parte Geral, v.1. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 1998.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas 2ª edição. Valencia: Tirant lo Blanch, 1.996.

NETO, Candido Furtado Maia. **Direitos Humanos do Preso**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral. São Paulo: RT, 2004.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.

RODRIGUES, Cristiano. **Teorias da culpabilidade**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **O Panóptico revertido**: a história da prisão e a visão do preso no Brasil. 2000. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2000.

RUSCHE, Georg & Otto Kirchheimer. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Freitas Bastos, 1999.

SABADELL, Ana Lucia. **Tormenta juris permissione**. Tortura e Processo Penal na Península Ibérica. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. 4ª edição. São Paulo: Editora Safe. 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Pena e constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Capitalismo e revolução burguesa no Brasil**. Rio de Janeiro: Graphia, 1997.

STRECK, Lênio Luiz - **Tribunal do Júri** – Símbolos & Rituais, Livraria do Advogado Editora, 3ª edição, p. 63 a 68, Porto Alegre.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general, 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política criminal latinoamericana**. Buenos Aires: Hammurabi, 1982.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio. **Reincidência**: um conceito do direito penal autoritário, in Livro de Estudos Jurídicos n.º 3. Rio de Janeiro: IEJ, 1991.